Inwieweit kann sich bei der Stellvertretung der Vertretene einem Dritten gegenüber darauf berufen, daß der Vertreter die ihm aus dem Innenverhältnis obliegenden Verpflichtungen verletzt habe.

(Ein Beitrag zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Referendar Hubert Noerkohl
aus Albersloh (Westf.)

Approbiert am 7. April 1937

1937

Buchdruckerei Heinrich Meyer, Vlotho a. d. Weser

Referent: Univ.-Professor Dr. Kübler.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsübersicht.

Umgrenzung des Themas und Klarstellung des Begriffs der Vertretung.

Bei der Bearbeitung des gestellten Themas ist auszugehen von dem Grundsatz, daß der Vertretene aus Geschäften des Vertreters, die dieser innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht für den Vertretenen abschloß, zu haften hat. Dieser Grundsatz ergibt sich aus § 164 Abs. 1 BGB.

Es soll Aufgabe der nachstehenden Ausführungen sein, zu untersuchen, wann von dieser Regel eine Ausnahme zu machen ist, d. h. ob die grundsätzliche Haftung für Vertreterhandlungen dadurch ausgeschlossen wird, daß dieser in Ueberschreitung der ihm von seinem Geschäftsherrn übertragenen Geschäftsführungsbefugnis, also auftragswidrig ein Geschäft zum Schaden des Vertretenen abschließt. Insbesondere soll klargestellt werden, ob der Dritte Rechte aus solchen auftragswidrig abgeschlossenen Geschäften überhaupt erwirbt und wenn dieses zu bejahen ist, ob und unter welchen Voraussetzungen er dann wenigstens gehindert sein soll, diese gegen den Vertretenen geltend zu machen. Daraus ergibt sich dann, welche Einwendungen bezw. Einreden der Vertretene dem Dritten gegenüber bei Geltendmachung der Ansprüche aus solchen Geschäften hat.

Es mag schon vorweg angedeutet werden, daß für die Beantwortung dieser Fragen in jeder Hinsicht von ausschlaggebender Bedeutung ist, ob man die Fälle des auftragswidrigen Handelns als Fälle echten Mißbrauchs, d. h. eines Gebrauchs der Vertretungsmacht unter Verletzung des Innenverhältnisses 1) oder aber als Fälle der Vertretung ohne Vertretungsmacht, d. h. Ueberschreitung der Vertretungsmacht (Vollmacht) ansieht.

An sich sollte man glauben, der Grundsatz, daß die Handlungen des Vertreters, die dieser innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen vornimmt, unmittelbar für und gegen diesen wirken, habe die notwendige weitere Folge, daß in allen Fällen der Vertretung alle Handlungen und Ge-

1) Siebert in JW v. 30. 3. 1935, S. 1014.

schäfte des Vertreters auch für den Vertretenen verbindlich sind. Bedenken hiergegen ergeben sich jedoch bei genauer Betrachtung aus der Eigenart des Instituts der Vertretung.

Die Vertretung ist nämlich ein sogenanntes zusammengesetztes Rechtsverhältnis. Solche „zusammengesetzte Rechtsverhältnisse bestehen aus mehreren Rechtsverhältnissen, 2) die in irgendeiner Weise voneinander gesondert und zu einem Gesamtrechtsverhältnis verbunden sind. Eine vom deutschen Recht eigenartig ausgeprägte und vom modernen Recht festgehaltene Bildungsart zusammengesetzter Rechtsverhältnisse ist die Unterscheidung zwischen der äußeren und der inneren Seite eines Verhältnisses, wobei die Beziehungen, die außer einer rechtlichen Verknüpfung von Subjekten unter ihnen entspringen und die Beziehungen, die aus solcher Verknüpfung dieser Subjekte und Dritten erwachsen, mehr oder minder unabhängig voneinander normiert sind, zuletzt aber gleichwohl Komponenten eines einheitlich angelegten Rechsverhältnisses bleiben 3). Dieser Erscheinung begegnet man namentlich . . . bei Vertretungsverhältnissen (nach außen von ihm unabhängige Vollmacht) . . . am kräftigsten hat sie das Handelsrecht ausgebildet" 4).

Es zeigt sich zunächst als notwendig, als Voraussetzung weiterer Untersuchungen eine Begrenzung des Begriffs der Vertretung, insbesondere die Festlegung und Klarstellung vorzunehmen, was denn überhaupt unter Vertretung zu verstehen ist. Bei dieser Gelegenheit ist zugleich auch auf Begriffe wie Vollmacht und auftragswidriges Handeln einzugehen.

„Eine Vertretung liegt immer dann vor, wenn jemand für einen anderen handelt. Ein solches vertretendes Handeln ist naturgemäß in den verschiedensten Fällen möglich 5). Stellvertreter ist jedoch nur, „wer eine Willenserklärung, deren Wirkung einen anderen treffen soll, für diesen abgibt oder empfängt" 6). Nicht aber der Bote. Der Bote ist nur Vertreter in der Erklärung, nicht im Willen.

„Notwendige Voraussetzung der Vertretung ist nur, daß überhaupt eine vertretbare Handlung in Frage steht (§§ 887, 888 ZPO). So spricht auch das BGB von Vertretung im Sinne solcher Personen, welche eine Angelegenheit nicht als die ihrige besorgen"7). „Für den Begriff des stellvertretenden Handelns ist die Vertretungsmacht, d. i. ist die Frage, ob jemand befugt ist, im fremden Namen

2) Gierke, D. P. R. § 28, S. 256.
3) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 446.
4) Derselbe, D. P. R. § 28, S. 256.
5) RGR-Komm. 8 Aufl. Vorbem. zu § 164 BGB.
6) Enneccerus-Nipperdey, 1931, § 166 I, S. 543.
7) Mende, a. a. O. S. 2 ff., Abs. 4.

und mit Wirkung für einen anderen handelnd aufzutreten, an sich ohne Bedeutung"[8]. Denn auch das Handeln ohne Vertretungsmacht ist stellvertretendes Handeln[9], sofern nur im Namen des Vertretenen und mit dem Willen der Fremdwirkung gehandelt wird. In diesem Falle tritt jedoch eine Wirkung für den Vertretenen nur dann ein, wenn dieser seine Zustimmungserklärung, die Genehmigung zu diesem Geschäft gibt, §§ 177 ff. BGB. Zwar sollen in dieser Arbeit nicht diese echten Fälle der Vertretung ohne Vertretungsmacht den Gegenstand der Untersuchung bilden, d. h. Fälle, in denen eine Vertretungsbefugnis gar nicht besteht, sondern nur diejenigen, in denen der Vertreter auf Grund Rechtsgeschäfts oder Gesetzes Vertretungsmacht hatte. Die Fälle der Vertretung ohne Vertretungsmacht werden jedoch, wie sich noch zeigen wird, zum Vergleiche herangezogen werden müssen.

Eine Vertretung im eigentlichen Sinne ist nur die rechtsgeschäftliche. Bei dieser ist jedoch die Unterscheidung zu machen, ob der Vertreter nur „für" den anderen, — mittelbare, indirekte Stellvertretung, im eigenen für fremde Rechnung oder „an dessen Statt", — unmittelbare, direkte Stellvertretung, im frenden Namen und für fremde Rechnung —, das Rechtsgeschäft vornimmt[10]. Nach außen tritt nur die direkte Stellvertretung in Erscheinung, da bei der indirekten Vertretung Rechtswirkung für den Dritten nur in der Person des Vertreters entsteht und die Wirkungen des Vertretungsverhältnisses sich nur nach innen betätigen können[11]. Die Fälle der indirekten Vertretung haben bei Behandlung des Themas von vornherein auszuscheiden.

Direkte Stellvertretung, also eine Vertretung, deren Wirkung unmittelbar in der Person des Vertretenen eintritt, kann sowohl auf Gesetz wie auf Rechtsgeschäft (Vollmacht) beruhen — gewillkürte rechtsgeschäftliche Vertretung. Eine solche Zweiteilung ist bereits im Gesetz gemacht. Es sind „also zwei Fälle der Stellvertretung zu unterscheiden: die rechtsnotwendige („gesetzliche") Stellvertretung des rechtlich verhinderten (im BGB heißt sie Vertretung durch einen „gesetzlichen Vertreter") einerseits, die gewillkürte Stellvertretung des bloß tatsächlich Verhinderten (im BGB heißt sie Vertretung durch einen „Bevollmächtigten") andererseits. Die „gesetzliche" Vertretung bedeutet für den Vertretenen die Unterwerfung unter fremde Geschäftsführung (Bevormundung), die gewillkürte Stellvertretung ist für den Vertretenen ein Mittel eigener Geschäftsführung[12]. Im Gegensatz zu den gewillkürten

8) Schulte, a. a. O. § 1, Abs. 1 a. A.
9) Vgl. Zitelmann, Rechtsgeschäfte II, S. 81 und zu § 115; Rosenberg a. a. O. S. 9 mit Lit. in Nr. 3.
10) RG Warn. 1910, Nr. 479.
11) RGE Bd. 58, S. 276; Bd. 80, S. 417; Warn. 1930 Nr. 207; Seuff. Arch. 82, Nr. 71.
12) Sohm, a. a. O. § 45, S. 244.

Stellvertretern, deren Vertretungsmacht auf Vollmacht beruht und deren Wirkungskreis sich demgemäß mangels besonderer Bestimmungen durch den Vertretenen nur auf die Eingehung von Rechtsgeschäften erstreckt, liegt den gesetzlichen Vertretern nicht nur der Abschluß von Rechtsgeschäften ob, sondern auch die tatsächliche Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten 13).

Während die gesetzliche Stellvertretung nur in den vom Gesetz besonders festgesetzten Fällen eintritt, ist die rechtsgeschäftliche Vertretung im Prinzip allgemein zugelassen. Gesetzliche Ausnahmen, deren Verallgemeinerung nicht zulässig ist, finden sich im Familien- und Erbrecht, z. B. in den §§ 1307, 1317, 1326, 1337 u. s. w. BGB 14).

Die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht beruht auf der Vollmacht § 166 Abs. 2 BGB 15). Diese legt in die Person des Vertreters die Macht, mit rechtlicher Wirkung für den Vertretenen zu handeln. Sie ist „der Leitapparat, der den Vertretenen mit der Handlung des Vertreters in Verbindung bringt, die rechtlichen Wirkungen aus dem Geschäft des Vertreters in der Person des Vertretenen entstehen läßt 16).

Die Vollmacht kann eine beschränkte oder unbeschränkte, eine generelle oder spezielle sein. Ihr Umfang ist ganz dem Willen des Vertretenen überlassen. Nur in bestimmten vom Gesetz normierten Fällen, (HGB §§ 48 ff., 125 ff., ferner § 87 ZPO) ist sie unbeschränkt und unbeschränkbar. Hier tritt scharf hervor, daß die Vollmacht, welche die Macht gibt, nach außen zu vertreten, mit dem ihr zugrunde liegenden internen Verhältnis, (Auftrag), nichts zu tun hat. Sie ist abstrakt.

„Auftrag bezeichnet, daß einer für einen anderen etwas tun soll, Vollmacht, daß er für einen anderen zu tun die rechtliche Macht hat 17). Hieraus ergibt sich, wann man bei der Vertretung von einem auftragswidrigen Handeln sprechen kann, nämlich dann, wenn der Vertreter zwar noch im Rahmen der Vollmacht, aber unter „Ueberschreitung" oder unter „Mißbrauch" des zwischen ihm und dem Vertretenen bestehenden Rechtsverhältnisses handelt. Eine solche Handlung ist rechtlich von Bedeutung, weil wegen der Abstraktheit der Vollmacht, d. i. Losgelöstsein vom Innenverhältnis, (Auftrag), jede sich im Rahmen der Vollmacht haltende Verfügung g r u n d s ä t z l i c h rechtswirksam ist, auch bei Verletzung der Pflichten aus dem Innenverhältnis, also wenn der Beauftragte

13) Mende, a. a. O. S. 21.
14) Derselbe, a. a. O. S. 3.
15) Enneccerus 1926, § 171, S. 462.
16) Regelsberger, Pandekten a. a. O. S. 582, Ausg. 1893.
17) Sohm-Mitteis, a. a. O. § 74 Anm.

auftragswidrig und gar gegen das Interesse des Machtgebers handelt 18). Es mag jedoch schon sogleich festgestellt werden, daß häufig in Literatur und Praxis rechtswidriges und auftragswidriges Handeln bei der Vertretung verwechselt werden. Es sei deshalb festgestellt, wann von einem rechtswidrigen und wann von einem auftragswidrigen Handeln zu sprechen ist. Um eine rechtswidrige Handlung handelt es sich in erster Linie dann, wenn der Vertreter einem Dritten gegenüber eine solche begeht. Beim auftragswidrigen Handeln — von einem solchen soll nur die Rede sein — handelt er zwar auch rechtswidrig, aber nur im Innenverhältnis zum Vertretenen. Davon wird grundsätzlich das Verhältnis zum Dritten nicht berührt.

Das mag zur Definition der Begriffe Vertretung, Vollmacht, auftragswidriges Handeln vorerst genügen, da hiermit das Problem hinreichend skizziert ist und die Grundbegriffe genügend klargestellt sind.

---

18) RGE Bd. 71, S. 222; RG-Warn. 1912, Nr. 198; RGR-Komm. 8. Aufl. vor § 164 BGB.

Geschichtliche Untersuchungen zum Institut der Vertretung bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Eine ausführliche Behandlung des Problems macht es zunächst notwendig, eine Untersuchung über die geschichtliche Entwicklung der Lehre von der sog. Vertretung ohne Vertretungsmacht, insbesondere über die Haftung des Vertretenen für auftragswidriges Handeln des Vertreters und die Einwände bezw. Einreden des Vertretenen gegenüber dem Dritten anzustellen.

Das Institut der Vertretung im römischen Recht.

Im römischen Recht hat es eine Vertretung in unserem Sinne, also eine direkte Stellvertretung nicht gegeben 1). Es galt der Grundsatz „nemo alieno nomine lege agere potest"2). Dagegen hat das römische Recht die sogn. mittelbare Stellvertretung gekannt, die aber ihrem Umfange nach gar keine Stellvertretung ist. Es galt der Grundsatz: „per liberam personam nobis adquiri nihil potest" 3). Bei diesem Grundsatz, daß Kontrakte nur den Kontrahenten selbst verpflichten und berechtigen, ist es im römischen Recht geblieben.

Zwar erwarben in Rom Sklaven und Hauskinder rechtsnotwendig für ihren Herrn 4), ohne daß das jedoch eine Vertretung in unserem Sinne gewesen wäre 5), denn die Sklaven waren nur Organ ihres Herrn und erwarben deshalb für diesen. Eine direkte Stellvertretung, d. h. ein solche, welche die Rechtswirkungen des geschäftlichen Handelns unmittelbar in die Person des Vertre-

1) Mitteis, a. a. O. S. 203; Gierke, D. P. R. § 33, S. 296; Heusler, Inst., S. 203 ff.; v. Savigny, Obligationenrecht, S. 23 D, §§ 54—56, 1853.
2) Buchka, Inst, S. 540 Anm. zu 156 b.
3) Sohm a. a. O. S. 245 C. 4, 27, 1, pr.; s. auch Regelsberger S. 501; Mende, S. 6 Abs. 4; Mitteis, Röm. Privatr. Bd. I, S. 203; ders. Stellvertretung S. 9; ders. in Z. d. Sav. Stift. Bd. 21, S. 200 ff.
4) Savigny, Obligationenrecht, II, 1853, § 54, S. 22 A und B.
5) Siehe dazu Laband in Zeitschr. f. d. ges. H. R., X, S. 199. „Ein Surrogat der Stellvertretung."

tenen verlegt, war im römischen Recht ausgeschlossen. Es gab nur eine indirekte Stellvertretung.

Da demnach das römische Recht eine Vertretung in unserem Sinne und in deren besonderer Eigenart gar nicht gekannt hat, konnte unser Problem dort nicht akut werden.

Nun hat aber das Institut der indirekten Stellvertretung 6) durch praetorisches Recht eine eigenartige Entwicklung in den sog. adjektizischen Klagen genommen. So wurde z. B. in der actio institoria und exercitoria dem Dritten neben der Klage gegen den institor und den magister navis, die bisher nur sich selbst berechtigten und verpflichteten, auch eine actio gegen den dominus und exercitor gegeben. Damit erhielt der Geschäftsgegner die Möglichkeit, auch den Geschäftsherrn (dominus) in Anspruch zu nehmen, wenn der institor, der ein Erwerbsgeschäft für diesen führte, oder der magister navis, der in seinem Namen ein Geschäft abgeschlossen hatte. Die Klagen wurden auch für den Fall zugelassen, daß ein Freier in einem solchen dauernden Abhängigkeitsverhältnis stand. Schließlich wurde bei Darlehensgewährung die Klagebefugnis dahin erweitert 7), daß sie auch im Falle der Spezialbeauftragung, wenn ein Freier auf Grund einer Vollmacht ein einzelnes Geschäft abschloß, gegeben wurden 8). Die Haftung des Geschäftsherrn auf Grund der adjektizischen Klagen kommt der Haftung des Vertretenen nach modernem Recht sehr nahe. Voraussetzung der Klagen war, daß im eigenen Namen, aber offensichtlich für fremde Rechnung gehandelt wurde. Der durch sie gegebene Rechtszustand unterschied sich von der indirekten Stellvertretung dadurch, daß nicht der Vertreter allein, von der direkten dadurch, daß nicht der Vertretene allein haftete. Ein eigenartiger Fall der Haftung bezw. Haftungsbeschränkung für fremde Schuld wurde im römischen Recht außer in den beiden vorgenannten Fällen bei der sog. actio de peculio gegeben 9). „Diese Klage setzte voraus, daß der Hausvater seinem Sohn oder Sklaven ein abgesondertes Stück seines Vermögens zur selbständigen Verwaltung überlassen hatte. Damit machte er ihn gewissermaßen zum institor dieses Vermögens, ohne daß dabei von einem Gewerbe bestimmter Art die Rede war." 10). Es war jedoch die Haftung des dominus beschränkt bis zur Höhe des peculium. In gewissen Fällen stand darüber hinaus dem Dritten, mit dem der Sklave kontrahiert hatte, auch die actio de in rem verso zu. 11). Hierauf weiter einzugehen, dürfte sich erübrigen,

6) Mende, a. a. O. S. 7; Windscheid a. a. O., § 74, 75 S. 344 ff.; Schloßmann Bes. S. 161 ff.
7) Mitteis, Röm. Privatrecht, S. 236.
8) Sohm a. a. O., § 77 B, S. 472.
9) Ders. a. a. O. S. 469.
10) Savigny, a. a. O. S. 28.
11) **Vgl. Sohm a. a. O. § 77, S. 470.**

da die mit der actio de in rem verso zusammenhängenden Probleme für das Thema der Arbeit von geringerer Bedeutung sind.

Neben der Frage, wie der Geschäftsherr haftete, nämlich neben dem Vertreter, interessiert noch, ob er sich dem Dritten gegenüber darauf berufen konnte, daß der Vertreter vollmachtswidrig gehandelt habe.

Für das behandelte Thema ist es von besonderem Gewicht, daß die Haftung des Vertretenen wegen vollmachtswidrigem Handelns des Vertreters in gewissen Fällen nicht eintrat. Sie war ausgeschlossen, 1. wenn „wegen Beschränkung der Vollmacht als solcher die actio institoria von vorherein ausgeschlossen war", 2. wenn die „Vollmacht an und für sich bestand und nur die Einrede gegen einen Anspruch begründet war, der auf die Ausübung der Vollmacht gestützt wurde 12). Gehaftet wurde im ersten der beiden Fälle nicht, weil der Vertreter in echter Ueberschreitung der Vollmacht handelte, der Vertretene also gar nicht Geschäftsherr war. Das Geschäft blieb also beim „Vertreter" hängen. Im zweiten Falle sollte nach Paulus der Vertretene die exceptio haben. „Es ist das jedoch nicht die exceptio des gemeinen Rechts" 13) — von der später die Rede sein wird — „sondern ein auf die Formel gebrachtes Nichtvorliegen eines Haftungsgrundes, weil die Vollmacht dem Dritten gegenüber insoweit zurückgenommen war, also gar nicht bestand." Diese Ausführungen sind insofern unklar, als sie nicht genau zum Ausdruck bringen, ob die angeführten Fälle nun als Mißbrauch der Vollmacht, die an sich in soweit besteht, oder als Vertretung ohne Vertretungsmacht, also als Handeln außerhalb der Vollmacht anzusehen sind. Die Frage kann hier zunächst offen bleiben. Es ist jedoch festzustellen, daß unverkennbar das römische Recht in bestimmten Fällen die exceptio doli gewährte 14). Es liegt am nächsten, anzunehmen, daß im römischen Recht die Situation so angesehen wurde, als ob das Geschäft an sich gültig war, zunächst bestand 15).

Kipp, der annimmt, daß Vertretung ohne Vertretungsmacht vorliege, sowohl dann, wenn der Vertreter über die Vollmacht hinaus handelt, als auch bei Mißbrauch, falschem Gebrauch von der Vollmacht, muß dieses naturgemäß bestreiten 16).

Die allgemeine Funktion der exceptio doli ist es, um das einmal im voraus festzustellen, zu verhindern, daß der äußere Schein des Rechts zum Vorwand materiellen Unrechts mißbraucht werde.

12) Kipp in RG-Festschr., II, S. 278; RG Bd. 15, S. 207 und Bd. 2, S. 167.
13) Ders., RG-Festschr., S. 278.
14) Ders. in RG-Festschr. S. 278/279.
15) Siehe RG-Entsch. Bd. 15, S. 207 in diesem Sinne.
16) Kipp in RG-Festschr. S. 278 und RG-Entsch. Bd. 52, S. 96.

Diesem Zweck diente im römischen Recht die exceptio doli generalis, die bei allen bonae fidei Kontrakten (ohne besondere Aufnahme in die Formel) zulässig war 17).

Es möge genügen, festzustellen, daß bei der auf Rechtsgeschäft beruhenden Vertretung zum Abschluß von Rechtsgeschäften dem Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten, der mit dem institor oder magister navis ein Geschäft abgeschlossen hatte, bei Mißbrauch oder bei Ueberschreitung der Vollmacht durch diesen die exceptio doli gewährt wurde.

Bei der vormundschaftlichen Vertretung konnte im römischen Recht die Frage der Haftung des Mündels (Pupillen) für Handlungen des Vormundes (Tutor) gar nicht akut werden. Der Vormund verpflichtete durch seine Handlungen zunächst nur sich selbst, da es ja eine direkte Vertretung nicht gab 18). Schloß er in nicht ordnungsgemäßer Verwaltung ein Rechtsgeschäft ab oder ging Verbindlichkeiten ein, so blieben diese einfach an ihm hängen, d. h. sie gingen nicht auf den Mündel über. Der Geschäftsgegner konnte sich nur an den Vormund halten. Der Mündel war demnach schon durch den Mangel einer direkten Vertretung und das Fehlen einer unmittelbaren Verpflichtung desselben durch Handlungen des Vormundes völlig geschützt.

Für das römische Recht ist also zu sagen, daß die Römer die direkte Stellvertretung in der heutigen Form (Vollmacht, Auftrag, Vertretung als zusammengesetztes Rechtsgeschäft) grundsätzlich nicht kannten; bei der indirekten rechtsgeschäftlichen Vertretung jedoch in bestimmten Fällen eine Haftung des Vertretenen zuließen, diesem aber in solchem Falle bei Vollmachtsüberschreitung oder Vollmachtsmißbrauch durch den Vertreter einer exceptio gaben; daß es eine solche bei der vormundschaftlichen Vertretung jedoch nicht gab, diese aber auch in solchem Falle zum Schutze des Vertretenen gar nicht erforderlich war.

---

17) Vgl. Sohm a. a. O. § 64 S. 378 (Bonae fidei judiciis doli exceptio inest).

18) Kipp in RG-Festschr. S. 276. Dazu in eingehenden Ausführungen Savigny, 1853, II, Obligationenrecht, S. 36 ff.

Die Vertretung im deutschen Recht.

Was das deutsche Recht anlangt, so ist festzustellen, daß es in seiner weiteren Entwicklung die direkte Stellvertretung anerkannt hat. Für das ältere deutsche Recht kann das zwar nicht gelten 1). Damals kannte man nur „die Botschaft, die mechanische Uebermittlung eines fertigen Willensentschlusses an den Adressaten" 2). Es galt als Ehrensache eines jeden Freien, alle maßgeblichen Angelegenheiten des Lebens selbst zu besorgen, insbesondere war es Recht und Pflicht, sich beim Abschluß von Rechtsgeschäften nicht durch andere vertreten und andere für sich sorgen zu lassen 3).

Auch dem Mittelalter war die Stellvertretung in Rechtsgeschäften im allgemeinen noch unbekannt 4). Zögernd und vereinzelt wurde später jedoch die prozessuale Stellvertretung zugelassen 5). Sie wurde zunächst gestattet bei juristischen Personen, Unfreien und Hörigen, und zwar soweit die letzteren in Frage kamen, durch den Herrn 6). Seit der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts konnten sich auch in der Munt stehende Personen durch ihren Vater, Ehemann, oder Vormund im Prozeß vertreten lassen. Später konnten das auch volljährige Weiber, Greise und junge Männer, die zwar zu ihren Jahren gekommen waren, aber sich noch im schutzbedürftigen Alter befanden 7). Die Stellvertreter fungierten dann vor Gericht als Vormund, vielleicht als Beistand oder auch als gerichtliche Vertreter. Eine Vertretung durch Bevollmächtigte ließ das Königsgericht als Ausnahme zu, ihm folgend auch einige Stadtrechte, nicht aber die Landrechte. Diese verhielten sich der Stellvertretung gegenüber ablehnend 8).

Grundsätzlich kann man jedoch sagen, daß ein stellvertretendes Handeln auf Grund einer Vollmacht seit Ende des 13. Jahrhunderts außerhalb der Landrechte allgemein zulässig war 9). So weist Heusler 10) darauf hin, daß das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffengericht III 2, 120 und 121 von einem Geloben einer Schuld zu eines anderen Mannes Hand spricht 11). Dieser Ausdruck lasse keinen Zweifel, daß derjenige, zu dessen Hand gelobt sei, bei Verfolgung des Forderungsrechts nicht auf die Geltendmachung durch den Vertreter, der es für ihn erworben

---

1) Heusler, D. P. R., I, § 47, S. 203 ff., II, v. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, II, S. 63; Gierke, D. P. R., I, S. 296. Loersch-Schroeder-Perels, a. a. O. § 66, S. 869.
2) v. Schwerin, a. a. O. II, S. 63 oben.
3) Heusler, a. a. O., I, § 47, S. 203.
4) Schroeder-Künßberg, a. a. O., § 61, S. 776; § 63; Heusler, a. a. O. I, S. 203 ff.
5) Loersch-Perels-Schröder, a. a. O. § 66, S. 869.
6) Schroeder-Künßberg, a. a. O. § 63, S. 845.
7) Ders. a. a. O. S. 776.
8) Planck a. a. O., I, S. 185 ff.; Franklin, a. a. O., II, S. 164 ff.; Rosenberg, a. a. O. (S. 843) S. 434 ff.; Loersch-Schroeder-Perels, a. a. O., Nr. 216.
9) Heusler, a. a. O., S. 211; Gierke, a. a. O. S. 297.
10) Heusler, a. a. O. S. 211.
11) Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht aus der Mitte des 14. Jahrh., I. Bd., Berlin 1863, von Dr. Paul Laband.

habe, angewiesen sei. Es wurde demnach die direkte Vertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften anerkannt. Eine solche gab es in Erweiterung der Vertretungsmacht des Muntherrn in Form der vormundschaftlichen, und durch Fortbildung des Repräsentationsrechtes des Herrn für Hausangehörige und Beamte in der dienstlichen Stellvertretung. „In Anlehnung an diese 12), durch personenrechtliche Verbundenheit bedingte Stellvertretung bildete sich dann auch eine mehr und mehr verselbständigte Stellvertretung kraft rechtsgeschäftlicher Vollmacht aus“. Diese deutschrechtliche Stellvertretung wirkte in jedem Falle unmittelbar für und wider den Vertretenen. Auch war dem deutschen Recht eine Unterscheidung der äußeren und der inneren Seite der Vollmacht, also von Vollmacht und Auftrag bereits bekannt 13). Diese Unterscheidung ist ein auch das sonstige deutsche Privatrecht durchdringender Grundsatz. Sie ward dann im gemeinen Recht fortgeführt und verschärft, aber jedenfalls aus dem vorhandenen Gewohnheitsrecht geschöpft. Der Gedanke der unmittelbaren Stellvertretung ist demnach auf das deutsche Recht zurückzuführen 14). Wenn man im deutschen Recht die Unterscheidung zwischen internem (Auftrag) und äußerem Vertretungsverhältnis (Vollmacht) bereits gekannt hat, mußte auch die Frage auftauchen, wann die Haftung des Vertretenen dem Dritten gegenüber im Falle auftragswidrigen Handelns ausgeschlossen sein sollte. Denn da einmal die Trennung von Vollmacht und Auftragsverhältnis vorgenommen war, konnte der Vertreter Dritten gegenüber mit rechtlicher Wirkung Handlungen vornehmen, die er nach dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis nicht vornehmen durfte.

Es läßt sich indessen aus den deutsch-rechtlichen Quellen nicht entnehmen, was in solchen Fällen rechtens sein sollte. Daher mag abschließend festgestellt werden, daß das deutsche Recht eine Haftung bereits gekannt hat und diese vermutlich nach ähnlichen Grundsätzen zulässig bezw. ausgeschlossen war, die sich später vornehmlich aus dem deutschen Recht entwickelt haben. Der Standpunkt des deutschen Rechts erscheint wohl deshalb unklar, weil das Institut der direkten Vertretung im deutschen Recht erst in der Entwicklung begriffen war. Es liegt die Vermutung nahe, daß der Vertretene, wenn er einer anderen Person die Macht gab, für ihn stellvertretend zu handeln, zunächst nach den Grundsätzen

12) Gierke, D. P. R., S. 297.
13) Ebd. S. 300.
14) Gierke, D. P. R., S. 298 Anm. 65. Vgl. dazu auch Buchka, a. a. O., Ausg. 1852; Savigny, Obl. R., II, S. 21 ff.; Laband, in Z. f. d. ges. H. R., X, S. 183 ff.; Mitteis, Stellvertr., 1885; Wächter, Pand. I, S. 407 ff.; Windscheid, Pand., I, §§ 159–164. Anderer Ansicht Loersch-Schroeder-Perels, § 66, S. 869, nach denen nach der Rezeption „die dem altdeutschen Recht unbekannte und auch im Mittelalter nur zögernd und vereinzelt zugelassene prozessualische und rechtsgeschäftliche Stellvertretung zur vollen Anerkennung kam, und zwar nach italienischem Vorbilde“.

haftete, aus denen sich die direkte Vertretung entwickelt hat, also nach den Grundsätzen der personenrechtlichen Vertretung, Munt etc., daß er also ähnlich wie bei dieser, — bei der er für jedes Unrecht des in seiner Munt befindlichen einstehen mußte, — sehr weitgehend zu haften hatte.

Das Problem der Haftung des Vertretenen für Handlungen der Vertreters scheint aber erst im gemeinen Recht erkannt und wissenschaftlich erörtert worden zu sein.

Die Stellvertretung im kanonischen Recht.

Bevor jedoch auf das gemeine Recht eingegangen werden kann, ist zunächst die Stellungnahme des kanonischen Rechts zu prüfen.

„Das kanonische Recht ist grundsätzlich nicht über das römische Recht hinausgegangen. Es hat nur einzelne Fälle der Stellvertretung neu eingeführt" 1). Es trat jedoch „die moderne Rechtsansicht von der allgemeinen Zulässigkeit der Stellvertretung mannigfach hervor" 2). Diese erweiterte Zulassung der Stellvertretung „entspricht der geschichtlichen Entwicklung des deutschrechtlichen Prinzips aus personenrechtlichen Verhältnissen . . . Sie wird auch in den Sentenzen ausgedrückt, die in das Corpus iuris cannici Aufnahme fanden: „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum" und „qui facit per alium est per inde, ac si faciat per se ipsum" 3). Der sich aus diesen Auffassungen ergebende scheinbare Widerspruch schwindet bei näherer Betrachtung. Naturgemäß ist anzunehmen, daß auch das Institut der Vertretung nach römischem Recht, also der indirekten Vertretung, dem kanonischen Recht bekannt war. Im Falle der indirekten Vertretung hatte dann der Vertretene eventuell die Rechtsbehelfe des römischen Rechts, auf die oben schon eingegangen wurde (adjektizische Klagen). Zu dem Problem hat das kanonische Recht, soweit erkennbar, keine Stellung genommen.

---

1) Regelsberger, a. a. O., S. 592.
2) Buchka, Stellvertr. § 17, S. 145 f. d. gem. Recht.
3) Reg. 68 u. 72 in VI o de R. J., 5, 12. Gierke, D. P. R., I, S. 298 Anm. 69. Laband, Z. f. d. ges. H. R., X, S. 185 ff.

Es kann also sogleich darauf eingegangen werden, welche Behandlung diese Frage im gemeinen Recht erfahren hat.

Im gemeinen Recht war die direkte Stellvertretung zum mindesten seit dem 17. Jahrhundert zugelassen 1).

Es wird zunächst festzustellen sein, woher dieser Grundsatz geschichtlich herzuleiten ist. Teils nahm man an, daß die Zulassung der direkten Stellvertretung auf den Einfluß der naturrechtlichen Lehren des 17. Jahrhunderts zurückzuführen sei 2), teils leitete man sie aus einer organischen Entwicklung des römischen Rechts her 3), teils führte man sie auf Gewohnheitsrecht zurück 4) ohne zu berücksichtigen, daß auch dieses schließlich den Gedanken irgendwoher geschöpft haben muß. Die Anerkennung der Zulassung der direkten Stellvertretung war aber in Wahrheit nichts anderes als die Uebernahme und Weiterentwicklung deutschrechtlicher Gedankengänge 5).

Jedenfalls fand aber das Institut der freien Stellvertretung in das gemeine Recht Aufnahme. Es wurde demgemäß durch jede rechtsgeschäftliche Handlung, die ein (direkter) Stellvertreter in erkennbarer Weise im Bereiche seiner Vollmacht vornahm, nicht dieser, sondern der Vertretene unmittelbar berechtigt und verpflichtet 6). Damit wurde auch die actio institoria, die „mit dem Grundsatze des römischen Rechts, daß eine eigentliche Stellvertretung beim Abschlusse obligatorischer Verträge nicht stattfinde, aufs engste zusammenhängt und die den Zweck hatte, eine Belangung des Auftraggebers insoweit herbeizuführen, als es ohne Anerkennung der Zulässigkeit freier Stellvertretung bei obligatorischen Verträgen möglich war, . . . gänzlich beseitigt" 7). Sie war überflüssig geworden.

Der Grundsatz der Zulässigkeit der freien Stellvertretung wurde gesetzlich festgelegt im § 52 HGB, im § 3 Nr. 2 der Mecklenburgischen Einführungsverordnung vom 28. Dezember 1863. Auch „die auf dem Boden des gemeinen Rechts entstandenen Gesetzbücher 8) bestimmen, daß, wenn der Beauftragte den Vertrag im

---

1) Savigny, a. a. O. S. 69; Puchta, a. a. O. S. 158—166, S. 178/9, S. 294; Gierke, D. P. R., S. 298 Anm. 67 u. 68; Wächter, a. a. O. II, § 83, S. 411; Laband in Z. f. d. ges. H. R., Bd. X, S. 196.
2) Mende, a. a. O., S. 8 u. 9.
3) Savigny, a. a. O., § 58, S. 68, 70.
4) Mende, a. a. O., S. 8 u. 9 u. insbes. RGE Bd. II, S. 167 u. ROHG, Bd. VI, S. 403 ff. und im Hinblick auf diese ROHG, Bd. 13, S. 328.
5) Auf die gegenüber dem römischen Recht veränderte Rechtsauffassung des gemeinen Rechts, aus der die direkte Stellvertretung Zulassung fand, weist hin Laband in Z. f. d. g. H. R., X, S. 186/87, Anm. 7.
6) Buchka, Stellvertr.; Savigny, Obl. R., II, S. 21 ff.; Mitteis, Stellv. im. röm. Recht; Wächter, Pand., I, S. 407 ff.; Windscheid, Pand., I, §§ 159—164; ROHG Bd. VI, S. 403.
7) RGE Bd. 2, S. 167 u. RGE Bd. 15, S. 206 (207) im Hinweis auf die erstere Entscheidung.
8) Siehe in RGE Bd. 2, S. 167.

Namen des Auftraggebers abschließt, die Erfüllung nur von letzterem gefordert werden kann 9).

Es fand also nur noch die direkte Kontraktsklage gegen den Vertretenen statt 10). Diese umfaßte die ganze durch den Vertrag begründete Vertragsobligation. Die Handlung des Vertreters wurde dem Vertretenen so zugerechnet als wäre sie seine eigene 11). Laband sagt 12): „Was der Bevollmächtigte zufolge des erhaltenen Auftrags mit einem Dritten verhandelt, verpflichtet den Machtgeber ebenso als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen wäre."

Die Verpflichtung des Vertretenen durch Geschäfte des Vertreters war nach gemeinem Recht sehr weitgehend. Er konnte sich insbesondere nicht darauf berufen, daß das vom Vertreter abgeschlossene Geschäft nicht so abgeschlossen sei, wie der Auftrag laute, sondern es genügte, daß das Geschäft der eingegangenen Art nach in den Rahmen der Vollmacht fiel 13). Die Entscheidung des ROHG, Bd. 6, S. 403, die sich mit der Prokura beschäftigt, weist darauf hin, daß die ursprüngliche preußische Fassung mit der Beschränkung der Haftung aus Geschäften des Vertreters auf „Grund seines Auftrages" abgelehnt (Protokolle S. 78, 958, 959) und dafür die bestehende Fassung des § 52 des alten HGB gewählt worden sei. Diese Bestimmung fand auch auf Nichthandelsgeschäfte Anwendung 14). Danach hatten sämtliche der Prokura gemäße Geschäfte Wirkung gegen den Vertretenen. Er hatte jedes kontraktliche Handeln seines Vertreters schlechthin zu vertreten. Aus der Eigenart des gemeinen Rechts, das auch ein rechtswidriges Handeln, z. B. einen Betrug beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts als kontraktliches Verschulden ansah 15), erklärt es sich, daß der Geschäftsherr selbst für einen solchen des Vertreters haftete 16). Demnach hatte der Geschäftsinhaber für arglistiges oder schuldhaftes Verhalten des Handlungsbevollmächtigten bei Eingehung oder Erfüllung der namens des Geschäftsinhabers geschlossenen Verträge auch dann zu haften, wenn ihm selbst kein Verschulden zur Last fiel 17), d. h., selbst dann, wenn ein solches Verhalten über den Auftrag hinausging. Es galt im gemeinen Recht das sogenannte Repräsentationsprinzip, d. h. grundsätzlich wirkten alle Handlungen, die der Vertreter vornahm, unmittelbar

9) RGE Bd. 2, S. 167.
10) ROHG Bd. 6, S. 403 ff.; RGE Bd. 15, S. 206 (207).
11) ROHG Bd. 6, S. 403; Buchka, Stellv. bei Eingehung von Verträgen; Wächter, Württ. Privatrecht, II, S. 683.
12) Z. f. d. ges. H. R. Bd. 10, S, 187, Anm. 2.
13) ROHG Bd. 6, S. 403 im Hinblick auf § 52 HGB.
14) RG Bd. 2, S. 166.
15) ROHG Bd. 6, S. 403.
16) ROHG Bd. 15, S. 26; RGE Bd. 12, S. 112; Bd. 30, S. 44.
17) RGE Bd. 13, S. 105 (112—113) mit Hinweis auf die bestehende Rechtsprechung des ROHG (insbes. Bd. 6, S. 403 usw.).

für und gegen den Vertretenen. Demnach war die Haftung des Geschäftsherrn für ein Handeln des Vertreters im gesamten gemeinen Recht fast unbeschränkt.

Aus der Eigenart der Vertretung als einem zusammengesetzten Rechtsgeschäft, einer Besonderheit, die schon vom gemeinen Recht erkannt wurde, -- indem es das Innen-(Auftrags-) vom Außenverhältnis(Vollmacht) unterschied — ergab sich im besonderen, daß der Vertreter Dritten gegenüber mit rechtlicher Wirkung für den Vertretenen Handlungen vornehmen konnte, „die nicht vorzunehmen er dem Vertretenen gegenüber verpflichtet war" 18). War also der Vertreter durch das Auftragsverhältnis dem Vertretenen gegenüber in seiner Vertretungsbefugnis beschränkt, so wirkte eine solche Beschränkung nicht zu Ungunsten des Dritten, dem die Vollmacht kundgetan war, wenn der Dritte sich auf diese verlassen hatte. Der Dritte brauchte sich nur um die Vollmachtsmäßigkeit der von dem Vertreter mit ihm vorgenommenen Geschäfte zu kümmern. Die Vollmacht war von dem Innenverhältnis unabhängig, abstrakt.

Die Unterscheidung von Innen- und Außenverhältnis, von Vollmacht und Auftrag 19), wird besonders deutlich in den Ausführungen Wächters 20):

Er unterscheidet folgende Fälle: 1. daß der Vertreter von dem Vertretenen eine öffentliche oder eine geheime Instruktion erhalten habe. Gab der ihm nur eine öffentliche, d. h. also wohl von unserem Rechtsstandpunkt, lag ein von der Vollmacht abweichendes Auftragsverhältnis nicht vor, so konnte der Vertreter innerhalb der Grenzen dieser öffentlichen Vollmacht auf Rechnung des Prinzipals kontrahieren. Wenn er eine solche Vollmacht nicht überschritt, so wurde der Prinzipal verpflichtet; überschritt er sie, so sollte das in Ueberschreitung der Vollmacht abgeschlossene Geschäft nicht verbindlich sein.

Hatte 2. der Prinzipal eine öffentliche . . . Vollmacht gegeben, sie aber durch eine geheime beschränkt — fielen also die durch Vollmacht und die durch Auftrag erteilten Befugnisse auseinander —, so sollte der Prinzipal dem Dritten verpflichtet werden, wenn auch der Prokurator die geheime Vollmacht (Auftrag) überschritt.

Hatte 3. der Prokurator die Vollmacht eingehalten, aber ungeschickt und unzweckmäßig gehandelt, so sollte das der Prinzipal zu tragen haben und dennoch verpflichtet werden.

18) Gierke, D. P. R., S. 300.
19) Eine solche Unterscheidung wurde — wie schon oben gesagt wurde — bereits gemacht, wenn auch andersgerichtete Tendenzen offenbar bestanden. Siehe dazu Staudinger-Riezler, 10. Aufl. 1936, I zu § 164, Anm. Ziff. 7, S. 849.
20) Pand. S. 419 Anm. 2, Beilage 2, Vorbem. 1 und 2.

Die Abstraktheit der Vollmacht, d. h. ihr Losgelöstsein von dem Innenverhältnis (Auftrag) oder wie es Wächter hier nennt, von der geheimen Vollmacht, „Instruktion", tritt hier klar zutage.

Die Ausführungen Wächters enthalten nichts anderes als eine konsequente Durchführung des Grundsatzes von der Trennung der Vollmacht von dem ihr zugrundeliegenden Innenverhältnis. Sie geben somit in kurzen Zügen den Rechtsstandpunkt des gemeinen Rechts wieder.

Jedoch wurde im gemeinen Recht bezüglich der Haftung des Vertretenen für Handlungen des Vertreters die Einschränkung gemacht, daß sich der Dritte nicht auf den Wortlaut der Vollmacht berufen konnte, wenn der Vertreter gegen den Willen des Vollmachtgebers handelte und der Dritte das erkannte oder gar mit dem Vertreter kolludierte. So hat denn auch das Reichsgericht 21) für diesen Fall dem Vertretenen gegenüber dem Dritten die Einrede der Arglist gewährt. Das Reichsgericht weist darauf hin, daß nach römischem Recht der Geschäftsherr die exceptio doli bereits in zwei Fällen gehabt habe, einmal in dem Falle, daß der Geschäftsherr dem Dritten ausdrücklich mitgeteilt hatte, er wolle nicht, daß letzterer mit dem Institor ein solches Geschäft abschließe, zum andern dann, wenn dem dritten Kontrahenten aus Vorverhandlungen, die er selbst mit dem Geschäftsherrn geführt hatte, bekannt geworden sei, daß dieser das Geschäft nicht wolle. Hierbei komme es nicht darauf an, daß es eine adjektizische Klage im gemeinen Recht infolge der Zulassung der direkten Stellvertretung nicht mehr gebe, denn die Umstände, welche die Einrede der Arglist begründeten, würden von diesem Unterschied nicht berührt. Wenn das Reichsgericht für das gemeine Recht nach Zulassung der direkten Stellvertretung weiterhin die exceptio doli auch schon dann gewährt, wenn dem Dritten irgendwie bekannt geworden ist, daß der Vertreter seine Befugnisse aus dem Auftragsverhältnisse überschreite, so deutet es damit den Weg an, den die Behandlung der Frage der Haftung des Vertretenen für zwar vollmachtsmäßiges, aber auftragswidriges Handeln des Vertreters später genommen hat.

Durch die Erweiterung des Anwendungsbereiches über die bereits im römischen Recht anerkannten zwei Fälle hinaus, wurde eine gesunde Entwicklung angebahnt. Es wird aber vom Reichsgericht 22) immerhin noch verlangt, daß der Dritte w e i ß, daß der Vertreter Geschäfte dieser Art nicht abschließen soll; nicht aber wurde danach die Haftung für ein von dem Vertreter abschlossenes Geschäft schon dann ausgeschlossen, wenn der Dritte

---

21) RGE Bd. 15, S. 206 ff.
22) Ebenda.

nur hätte erkennen müssen, daß der Geschäftsherr ein solches Geschäft nicht wolle, der Vertreter das Auftragsverhältnis zwischen ihm und seinem Geschäftsherrn überschreite und somit dolos handele 23).

Es ist das große Verdienst des Reichsgerichts, diesen Gedanken weiter ausgearbeitet zu haben 24).

Ehe jedoch auf die weitere Entwicklung des Gedankens durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts nach Inkrafttreten des BGB eingegangen wird, sei die Frage behandelt, wie das gemeine Recht den Vertretenen dem Dritten gegenüber in den Fällen der gesetzlichen Vertretung (bisher war nur von der gewillkürten Stellvertretung die Rede) schützte.

Die Motive 25) zum ersten Entwurf des BGB IV S. 1086 enthalten in Bezug auf die Frage, ob arglistige Vertreterhandlungen eines Vormundes wirksam sind, folgende Ausführungen für das gemeine Recht: „Gemeinrechtlich sind solche von dem Vormunde im Namen des Mündels vorgenommene Rechtsgeschäfte für den Mündel unverbindlich, welche sich als arglistiger Eingriff in das Vermögen des Mündels darstellen."

Stellen wir jedoch dazu fest, wie das Reichsgericht für das gemeine Recht diesen Fall entscheidet. RGE Bd. 15 S. 167 ff. billigt die Auffassung, daß „alle arglistigen Eingriffe des Vormundes in das Vermögen des Mündels nichtig seien. Denn der Vormund handele nicht als Vormund, wenn er zur Erlangung eigenen Vorteiles absichtlich das Vermögen des Mündels benachteilige."

Es soll nicht auf die Kenntnis des Mitkontrahenten ankommen. Diese Entscheidung verweist auf D. 50, 17, 157 pr. Ulp.; D. 41, 4, 7 § 3; D. 26, 7, 12 § 1. 1. 27. Es wird in RGE Bd. 15 S. 197 (200/202) weiter gesagt, daß der Vormund seine Rechte nur im Interesse seines Mündels ausüben dürfe. Das sei zwar nicht dahin zu verstehen, daß es hinsichtlich der Gültigkeit der von dem Vormunde namens seines Mündels abgeschlossenen Rechtsgeschäfte darauf ankomme, ob das Geschäft wirklich dem Vorteile des Mündels diene. Es seien jedoch diejenigen Rechtsgeschäfte für den Mündel unverbindlich, welche der Vormund unter Mißbrauch seiner vormundschaftlichen Befugnisse abgeschlossen habe. Denn der Vormund handele hier nicht in Ausübung der ihm zustehenden vormundschaftlichen Rechte als Vertreter des Mündels, sondern nur unter pflichtwidrigem Mißbrauche der ihm durch seine Stel-

23) Siehe dazu Kipp in RG-Festschr. II, S. 280 unten und JW 1931, S. 2290.
24) Kipp, RG-Festschr. S. 274.
25) Ders. ebenda, S. 273.

lung als Vormund verliehenen Machtvollkommenheit im eigenen Interesse. In solchem Falle sollen die vom Vormund unter pflichtwidrigem Mißbrauche eingegangenen Verbindlichkeiten ihn nicht nur dem Mündel gegenüber ersatzpflichtig machen, sondern für diesen unverbindlich sein.

Diese Auffassung, daß doloses Verhalten des Vormundes Unwirksamkeit des Geschäfts zur Folge habe, mußte sich jedoch nach Zulassung der direkten Stellvertretung und bei Geltung des Grundsatzes, daß sich der Vertrag nur auf Rechtswirkungen für und gegen den Vertretenen richte, dahin auswirken, daß der Dritte schlechter gestellt wurde als er im römischen Recht gestanden hatte, da er sich grundsätzlich nicht mehr an dem Vertreter halten konnte. Hilfe wurde jedoch dem gutgläubigen Dritten für diese seine verschlechterte Stellung dadurch gewährt, daß man dem Vormund in diesem Falle als einen Vertreter ohne Vertretungsmacht betrachtete und ihn als solchen dem Dritten gegenüber auf Erfüllung oder Erfüllungsinteresse haften ließ. Ob diese Haftung nun eintrat, weil man ihn, wie Kipp 26) meint, als Kontrahenten ansah oder ob er dem Dritten wegen des Nichtzustandekommens des Geschäfts nach dem Prinzip der Schadensverursachung haftete 27), kann unerörtert bleiben.

Abschließend kann zur Frage der Haftung des Vertretenen für auftragswidriges Handeln des Vertreters nach gemeinem Recht gesagt werden, daß bei der auf Rechtsgeschäft (Vollmacht) beruhenden Vertretung der Vertretene immer haftete, falls sich der Vertreter innerhalb der erteilten Vollmacht hielt und der Dritte nicht positive Kenntnis von der Auftragswidrigkeit des Geschäfts hatte. Daß dagegen bei der gesetzlichen Vertretung, der Vormundschaft, eine Haftung des Mündels schon dann nicht eintrat, wenn der Vormund das Geschäft arglistig zum Schaden des Mündels abgeschlossen hatte.

---

26) RG-Festschr. S. 276 im Hinweis auf RGE Bd. 6, S. 214 ff.; Bd. 35, S. 145.
27) Gierke, D. P. R., S. 300.

Das Wesen des Instituts der Stellvertretung im BGB und nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Bei einer Behandlung unseres Themas vom Gesichtspunkt des heutigen Rechts sind zunächst Ausführungen darüber erforderlich, wie sich das BGB zum Institut der Vertretung stellt.

Die direkte Stellvertretung ist im BGB sowohl für die gesetzliche wie auch für die gewillkürte Stellvertretung allgemein zugelassen 1). Ausnahmen von diesem Grundsatz finden sich nur kraft besonderer gesetzlicher Regelung in bestimmten Fällen 2). Auch kann als feststehend angenommen werden, daß im BGB eine Trennung zwischen Vollmachtserteilung und Kausalgeschäft, zwischen Vollmacht und Auftrag gemacht wird 3).

Von besonderer Wichtigkeit für das Thema der Aufgabe ist es nun, daß das BGB die Vertretung einer ausdrücklichen Regelung unterzieht. Diese geht dahin, daß im Falle machtloser Vertretung das Geschäft — vorausgesetzt natürlich, daß es nachträglich nicht genehmigt wurde — überhaupt nicht gegen den Vertretenen, sondern lediglich gegen den Vertreter selbst wirkt, indem es ihn regelmäßig nach Wahl des Vertragsgegners auf Erfüllung oder Schadensersatz haften läßt. (Vergl. § 179 BGB).

Weiter ist noch von Bedeutung, daß das BGB auf dem Boden der sog. Repräsentationstheorie steht. Gemäß § 166 Abs. 1 BGB kommt nämlich, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht. Nur für den Fall der Vollmacht sind gewisse Ausnahmen gemacht.

Das BGB hat nicht ausdrücklich ausgesprochen, welche Grundsätze es bei auftragswidrigem Verhalten des Vertreters angewendet wissen will. Angesichts dieses Umstandes erscheint es als geboten, zunächst die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu unserer Frage zu verfolgen. Bei dieser Untersuchung ist Wert darauf zu legen, ob das Reichsgericht etwa die exceptio doli des gemeinen Rechts auch für das BGB zur Anwendung bringt, ob es also den Standpunkt vertritt, daß ein Handeln innerhalb der Vollmacht aber unter Ueberschreitung des Auftrags lediglich als Mißbrauch, als nicht zu billigender Gebrauch der Vollmacht anzusehen sei, der Dritte zwar Rechte erwerbe, gegen deren Geltendmachung dem Vertretenen in bestimmten Fällen ein Einwand oder eine Einrede (exceptio doli) zu geben sei, . . . oder, ob

1) § 164 BGB und dazu RGR-Komm. 8. Aufl., Vorbem. zu § 164 BGB, Ziff. 2.
2) RGR-Komm. 8. Aufl., Vorbem. zu § 164 Ziff. 3, S. 282.
3) Staudinger-Riezler, a. a. O., 10. Aufl. 1936, I zu § 164 Anm. Ziff. 7, S. 849.

es diese Fälle des „Mißbrauchs" der Vollmacht als eine Ueberschreitung derselben, als Fälle der Vertretung ohne Vertretungsmacht ansieht, — (wie bei der gesetzlichen Vertretung des gemeinen Rechts beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen) — und demnach die Wirkung des § 179 BGB eintreten läßt. Dann würde der Dritte gegen den Vertretenen Rechte gar nicht erwerben, folglich eine exceptio doli gegenstandslos sein.

Die Entscheidung RG Bd. 52 S. 96 besagt, daß der Bevollmächtigte grundsätzlich keinen Willen erklären dürfe, der dem ihm bekannten Willen des Machtgebers widerspreche, daß ebensowenig wie der Bevollmächtigte der Dritte, der den abweichenden Willen des Machtgebers kenne und erkennen könne, daß die Vollmacht mißbraucht werde, Rechte aus einem solchen Geschäft herleiten könne. Diese Entscheidung verweist auf RGE Bd. 15, S. 206 (207), in der für den Fall, daß der dritte Kontrahent die Vollmacht des Vertreters dazu ausnutzt, mit demselben ein von dem Vertretenen nicht gewolltes Geschäft zum Schaden des letzteren abzuschließen, dem Vertretenen die exceptio doli gewährt wird.

Klarer als die oben angeführte Entscheidung drückt sich bereits die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 58, S. 356 aus. Dort wird gesagt: „Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält . . . freilich keine allgemeine Bestimmung über die Einrede der Arglist, wodurch dieser eine Geltung im gleichen Umfange, wie nach früherem gemeinen Rechte ausdrücklich gesichert würde. Es kann dahingestellt bleiben, wieweit § 138 Abs. 1 oder § 242 BGB zu dem gleichen Ergebnisse führen würde. Jedenfalls ergibt sich aber dasselbe in einem Falle wie dem vorliegenden", — in dem der Vertreter seine Vertretungsmacht bei Ausstellung einer Bürgschaftserklärung zu seinem Vorteile ausnutzte, der Dritte das wußte und ferner erkannte, daß der Vertretene dadurch in seinem Vermögen geschädigt, — „aus § 826 BGB in Verbindung mit § 249 BGB." Das Reichsgericht meint dann weiter, daß der Dritte, der unter Mitwirkung an der Untreue des Vertreters dem Vertretenen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt habe, diesem nach § 826 BGB den Schaden ersetzen müsse und zwar nach § 249 BGB vor allem dadurch, daß er seinen Anspruch nicht geltend mache.

Die Entscheidung verweist schließlich auf Planck BGB, II, Bem. 2c zu § 796 S. 556 und bemerkt noch, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine solche Einrede gegen einen durch unerlaubte Handlung erlangten Anspruch sich aus § 853 BGB ergebe.

Nach Planck's Ansicht 4) soll der Aussteller einer Inhaberschuldverschreibung die exceptio doli haben, wenn der Inhaber der Schuldverschreibung beim Erwerbe von einer dem Aussteller gegen den Vormann zustehenden Einrede Kenntnis gehabt und die Schuldverschreibung in arglistiger Weise, d. h. zu dem Zwecke erworben habe, um dem Aussteller die betreffende Einrede abzuschneiden.

Im Ganzen ist zu der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 58 S. 356 ff. hervorzuheben, daß sie, wenn auch nicht die exceptio doli des gemeinen Rechts, so doch eine dieser gleichgeartete Einrede auf Grund der §§ 826, 249 BGB gegenüber dem Dritten gibt, der von der Auftragswidrigkeit des vom Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäft w u ß t e und erkannte, daß d i e s e s dem Vertretenen zum Schaden gereiche. Es wird also immerhin angenommen, daß der Dritte ein Recht tatsächlich erworben habe; dessen A u s - ü b u n g lediglich eine Einrede entgegenstehe.

Beide Entscheidungen aber, sowohl RGE Bd. 52 S.96 (99) als auch RGE Bd. 58 S. 356 ff. bringen zum Ausdruck, „daß in Rechtsprechung und Schrifttum . . . der Mißbrauch der Vertretungsmacht vorwiegend unter dem Gesichtspunkt des „Mißbrauchs", d. h. des nicht zu billigenden „Gebrauchs" der Vertretungsmacht" 5) zu behandeln sei. „Man ging bei den hier zu entscheidenden Tatbeständen regelmäßig davon aus, daß der Vertreter zwar noch innerhalb der Vertretungsmacht, innerhalb des Außenverhältnisses, aber unter (bewußter) Ueberschreitung des zwischen ihm und dem Vertretenen bestehenden Innenverhältnisses gehandelt habe.

Bei einem solchen Mißbrauch der Vertretungsmacht kam es dann also darauf an, unter welchen Voraussetzungen der Dritte, der Geschäftsgegner, gehindert sein sollte, irgendwelche Rechte gegen den Machtgeber geltend zu machen, obwohl die Handlungen des Vertreters „an sich" im Rahmen der nach außen wirkenden Vertretungsmacht lagen." 6)

Auch ergibt sich aus den bisherigen Entscheidungen, daß „ursprünglich . . . das Reichsgericht dem Geschäftsgegner nur bei positiver Kenntnis des Mißbrauchs die Berufung auf das (an sich zustande gekommene) Geschäft" 7) abschneiden wollte.

Gegenüber diesem Standpunkt des Reichsgerichts bringt die Entscheidung Bd. 71, S. 219 (221, 222) in zweifacher Hinsicht eine Fortentwicklung.

4) 1. u. 2. Aufl. 1900, II, Bem. 2c zu § 796 u. 4. Aufl. 1928 zu § 796 Anm. 5, S. 1571.
5) Siebert, in JW, 1935, S. 1012 ff. (1013), Anm.
6) Ebd.
7) Siebert in JW, 1935, S. 1012 ff., Anm.

Einmal, indem es eine Unterscheidung zwischen der gesetzlichen und gewillkürten Vertretung machte und insbesondere betonte, daß bei dem gewillkürten Stellvertreter eine Beurteilung auf Grund der Analogie der Befugnisse des Vormundes verfehlt sei. Die gesetzliche Vertretungsmacht des Vormundes sei nach Inhalt und Umfang vom Gesetz selbst normiert und begrenzt, der Kreis seiner Befugnisse generell festgelegt, der Regel nach für jeden erkennbar; die gewillkürte Vollmacht könne dagegen von verschiedenem Inhalte sein, selbst die „Generalvollmachten" seien nach der Beschaffenheit und Größe des Wirkungskreises sehr verschieden 8), ihr Sinn und Umfang sei im Zweifelfalle durch Auslegung des bei der Bevollmächtigung kundgegebenen Willen des Vollmachtgebers nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, wobei die Umstände des Falles und die Verkehrsanschauung zu berücksichtigen seien.

Weiter sagt diese Entscheidung, daß von dem inneren, namentlich Auftragsverhältnisse das nach außen wirkende Vollmachtsverhältnis aber rechtlich streng zu unterscheiden sei. Damit wird an der Abstraktheit der Vollmacht festgehalten. Das Losgelöstsein des Vollmachts- vom Auftragsverhältnis wird weiter betont, wenn es dort heißt: „Der Bevollmächtigte kann auftragswidrig und doch möglicherweise in den Grenzen der ihm erteilten Vollmacht handeln. Der dritte Kontrahent braucht sich in der Regel nicht um das erstere, sondern nur um die Vollmachtsmäßigkeit des Geschäfts zu kümmern 9). Wenn freilich das betreffende Geschäft von dem Bevollmächtigten unter offenbarem, dem anderen Kontrahenten erkennbaren Mißbrauche seiner Vollmacht dem Interesse des Vollmachtgebers zuwider abgeschlossen war oder er gar in der dem anderen Teile bewußten Absicht, den Geschäftsherrn zu schädigen gehandelt hätte, dann sollte der Vertretene entweder die Abmachung des Bevollmächtigten überhaupt nicht als für sich verbindlich anzuerkennen haben oder doch berechtigt sein, das Geschäft anzufechten, einem Anspruche des Dritten die Einrede der Arglist entgegenzusetzen. Und auch dann, wenn das Geschäft von so ganz ungewöhnlicher Art wäre, daß der Dritte sich *sagen müßte*, der Vollmachtgeber könne ein derartiges Geschäft unmöglich im Sinne gehabt haben, könne sich jener sogar auf eine unbeschränkt gefaßte Vollmacht nicht berufen. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 1 § 164 Nr. V S. 538; v. Staudinger a. a. O. zu § 167 BGB Bem. 7 S. 533; Entsch. RG in Civils. Bd. 52, S. 99."

---

8) RGE 71, 221 (223); Kipp, RG-Festschr. S. 283.
9) Hupka, a. a. O. § 10, S. 187 ff.; s. Staudinger, a. a. O. zu § 164 BGB Bem. 7, S. 523 ff.

Zweitens bringt die Entscheidung insoweit eine wesentliche Weiterentwicklung, als sie die an die Gutgläubigkeit des Dritten zu stellenden Anforderungen für den Fall der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht erweitert, indem dort gesagt wird 10): „Bei der gewillkürten Vollmacht wäre es nicht gerechtfertigt, dem Vertretenen eine Einrede, gleichermaßen wie bei der gesetzlichen, nach außen unbeschränkbaren Vertretungsmacht aus § 126 HGB oder § 37 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften m. b. H., nur in dem Falle einer Kollusion, eines wissentlichen Mitwirkens des Dritten zu vorsätzlicher Schädigung des Vertretenen einzuräumen (vgl. Staub, Komm. zum HGB zu § 126 Anm. 15, 8. Aufl. S. 480; Entsch. d. RG in Civils. Bd. 58 S. 356 ff.)."

Kipp meint weiter, aus dem Urteil sei deutlich erkennbar, daß das Gericht nicht bloß die Kollusionen im eigentlichen Sinne als Grund des Ausschlusses der Wirksamkeit der Handlung des Vertreters anerkennen wolle. Wieweit es freilich außerhalb dieser Fälle gehen wolle, sei nicht ganz klar. Es verlange einen offenbaren, dem anderen Kontrahenten *erkennbaren* Mißbrauch und wolle damit wohl sagen, daß fahrlässige Unkenntnis gleichstehen solle. Auch die Wendung, daß es auf eine *redlicherweise nicht zu verkennende* Ueberschreitung der Vollmacht ankomme, deute auf Fahrlässigkeit hin.

An der Entscheidung des Reichsgerichts ist im übrigen noch bemerkenswert die Formulierung, daß der Vertretene entweder das Geschäft als nicht für sich verbindlich anerkennen oder anfechten, dem Dritten die Einrede der Arglist entgegenhalten könne. Hiernach scheint das Reichsgericht auch eine Anfechtung zulassen zu wollen. Hierzu bemerkt Kipp 11) jedoch zutreffend, daß der Ausdruck Anfechtung nur im untechnischen Sinne zu verstehen sei. Denn ein Grund der Anfechtbarkeit im technischen Sinne sei bei derartigen Geschäften nicht zu finden. Niemand habe geirrt, niemand sei betrogen, niemand gezwungen worden.

In den entscheidenden Punkten geht die Auffassung des Reichsgerichts also dahin, daß an der Abstraktheit der Vollmacht zunächst festzuhalten sei, also bei Auftragswidrigkeit des Geschäfts nur der Gesichtspunkt des Mißbrauchs durchgreifen könne. Die exceptio doli soll dem Vertretenen bei der gesetzlichen Vollmacht nur gewährt werden, wenn der Dritte mit dem Vertreter zu seinem Nachteil kolludiert hat, bei der gewillkürten Vertretungsmacht auch dann, wenn der Dritte redlicherweise nicht hätte verkennen können, daß eine Auftragswidrigkeit vorlag.

---

10) RGZ Bd. 71, S. 222 ff.
11) RG-Festschr. S. 287.

RGE Bd. 75, S. 299 (301) bestätigt im allgemeinen die Ausführungen der RGE Bd. 71, S. 219 ff., wenn auch bezüglich der Abstraktheit der Vollmacht insofern ein Rückschritt zu verzeichnen ist, als dort gesagt wird 12): „Richtig ist, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche von der Vollmacht zu trennen ist der das innere Verhältnis zwischen den Vertretenen und dem Vertreter bestimmende Auftrag und daß ein auftragswidriges Verhalten des Vertreters an sich nicht das Rechtsverhältnis berührt, das kraft der Vertretungsmacht zwischen dem Vertretenen und dem Dritten begründet worden ist. Allein die Vollmacht kann, auch wenn man nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in ihr ein abstraktes Rechtsgeschäft sieht, doch in ihren Wirkungen nicht als völlig von dem Kausalgeschäft losgelöst beurteilt werden. Die enge Verbindung mit diesem zeigt § 168 BGB, wonach sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse bestimmt."

Das Gesetz, so meint das Reichsgericht weiter, habe aber auch gerade in bezug auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten in weitem Umfange Rechnung zu tragen. In den Fällen der §§ 169—172 BGB könne das Erlöschen der Vollmacht dem Dritten, der es nicht gekannt habe und auch nicht habe kennen können, nicht entgegengehalten werden. Eine nicht gerechtfertigte ungleichartige Behandlung wäre es, wenn es dem Vertretenen nicht gestattet wäre, dem Dritten gegenüber die Haftung aus der mißbrauchten Vollmacht in solchen Fällen abzulehnen, wo der Mißbrauch hätte erkannt werden müssen. Das Gesetz wolle dem berechtigten Verkehrsinteresse Schutz gewähren, aber schutzbedürftig seien nicht nur die Interessen des Dritten, sondern auch die des Vertretenen.

„Daher kommt 13) das Reichsgericht zu dem Ergebnis, daß aus einem durch einen Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäft Rechte gegen den Vertretenen auch dann nicht hergeleitet werden können, wenn der Vertreter bewußt die Vollmacht zum Nachteile des Vertretenen mißbraucht hat und der Dritte dies hätte erkennen müssen."

Es ist nicht richtig, wie schon hier kurz angedeutet sein mag, wenn das Reichsgericht in dieser Entscheidung die Abstraktheit der Vollmacht nicht voll anerkennt, dann aber weiter von einem Mißbrauch der Vertretungsmacht spricht. Denn wenn der Umfang der Vollmacht nach dem Umfange des ihr zugrundeliegenden Auftragsverhältnisses zu beurteilen ist, beide also gleichzusetzen sind, so

12) S. 301.
13) Kipp, RG-Festschr. S. 285.

muß auch in dem Ueberschreiten der Befugnisse aus dem Innenverhältnis eine Ueberschreitung der Vertretungsmacht, also eine Vertretung ohne Vertretungsmacht gesehen werden. Es müßten folglich auch in einem solchen Falle die Wirkungen des § 179 BGB eintreten, das Geschäft würde für den Vertretenen unverbindlich sein; der Dritte könnte Rechte gegen diesen gar nicht erwerben.

Weiterhin interessiert an dieser Entscheidung, daß sie die Unterscheidung zwischen der Stellung des Vertretenen und des Dritten bei der gesetzlichen und bei der gewillkürten Vertretung, wie sie in RGE Bd. 71, S. 219 (221, 222) gemacht wurde, anerkennt, jedoch die Stellung des Dritten bei der Vertretung durch den Testamentsvollstrecker seiner Stellung bei der rechtsgeschäftlichen Vertretung gleichstellt, indem sie sagt, daß der Testamentsvollstrecker nach außen wie auch nach innen keine wesentlich andere Stellung als die des Bevollmächtigten habe 14).

Eine Unklarheit enthält diese Entscheidung an einer Stelle, an welcher gesagt wird, ein dem Dritten zur Last fallendes g r o b e s Verschulden müsse das Geschäft für den Vertretenen unverbindlich machen, während doch nach RGE 71, S. 219 ff. bereits eine leichte Fahrlässigkeit genügen soll. Jedoch ergibt sich aus den weiteren Ausführungen auch der vorliegenden Entscheidung, daß einfache Fahrlässigkeit genügen soll 15).

In dem selben Sinne äußert sich auch RGE Bd. 83, S. 348 (353) = JW 1915, S. 299 im Hinweis auf RGE Bd. 81, S. 366; Bd. 75, S. 301; Bd. 52, S. 99; Bd. 71, S. 219 (224). Nach allen diesen Entscheidungen soll fahrlässiges Nichterkennen genügen.

Kipp 16) faßt das Ergebnis der bisher erörterten Entscheidungen des Reichsgerichts in folgender Weise zusammen: „Es hat danach die Rechtsprechung des Reichsgerichts die Entwicklung genommen, daß zur Anerkennung gelangte: aus Rechtshandlungen eines Vertreters können keine Rechte gegen den Vertretenen hergeleitet werden, wenn der Vertreter bewußt die Vollmacht zum Nachteil des Vertretenen mißbraucht und der Dritte dies weiß oder wissen müßte.“ Zu der Kernfrage, ob nun ein Handeln des Vertreters unter Ueberschreitung des Auftragsverhältnisses als Mißbrauch der Vollmacht oder aber als Ueberschreitung der Vertretungsmacht, der Vollmacht, anzusehen sei, nimmt Kipp 17) im Hinblick auf die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 75, S. 301 folgendermaßen Stellung:

---

14) RGE Bd. 75, S. 302 = JW 1911, S. 399 u. dazu weiter RGE 130, S. 131 (134) u. JW 1931, S. 2291 Anm.
15) Gegen die hier vertretene Ansicht, daß Fahrlässigkeit auf seiten des Dritten genügen solle, s. in JW 1931, S. 2290 Anm. Pringsheim (ohne nähere Begründung).
16) Kipp, RG-Festschr. II, S. 285
17) Ebd. S. 287.

„Die Lösung der Frage muß m. E. aus den Rechtssätzen über Vertretung ohne Vertretungsmacht entnommen werden und sie ist, . . sehr einfach dahin zu geben: Ein Rechtsgeschäft, welches ein Vertreter in wissentlichem Mißbrauch vornimmt, während der, demgegenüber es vorgenommen wird, weiß oder infolge von Fahrlässigkeit nicht weiß, daß der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbraucht, wird durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt. Es ist also das Geschäft eines Vertreters ohne Vertretungsmacht anzusehen und folglich je nach der Art des Geschäftes unheilbar unwirksam, oder — so insbesondere beim Vertrage — von der Genehmigung des Vertretenen abhängig."

Grundsätzlich behandelt Kipp den Mißbrauch also als Ueberschreitung der Vertretungsmacht. Die von ihm vertretene Ansicht ist nichts anderes als eine notwendige Konsequenz des in der Entscheidung Bd. 75, S. 301 vom Reichsgericht eingenommenen Standpunktes, daß Vollmacht- und Auftragsverhältnis grundsätzlich nicht getrennt werden dürften. Ist das aber zutreffend, so muß eine Ueberschreitung des Auftragsverhältnisses auch Ueberschreitung der Vollmacht sein, die von dieser nicht mehr gedeckt wird, also Vertretung ohne Vertretungsmacht. Bei welchen Autoren Kipp mit dieser Ansicht Zustimmung gefunden hat und ob ihr zu folgen ist, wird erst nach Untersuchung weiterer Entscheidungen des Reichsgerichts zu erörtern sein.

Weiterhin nimmt Kipp (S. 286) zu der Frage Stellung, welche Anforderungen an die Redlichkeit des Dritten bei der rechtsgeschäftlichen und bei der Vertretungsmacht zu stellen seien: „Der Gerichtshof hat einmal angedeutet, daß das Wissenmüssen dem Wissen nur in den Fällen gleichgestellt werden dürfe, in denen der Vertretene die Vertretungsmacht beschränken kann. Man würde also bei den Vertretungshandlungen des offenen Handelsgesellschafters, des Prokuristen und in ähnlichen Fällen sich mit dem Kennenmüssen nicht begnügen dürfen, sondern Wissen des Mitkontrahenten fordern müssen. Aber ich glaube nicht, daß diese Einschränkung berechtigt ist. Der Grundgedanke ist: die Vertretungsmacht ermächtigt nicht dazu, den Vertretenen dolos zu schädigen. Man kann verstehen, wenn gesagt wird, daß das Dritte nichts angeht. Man kann verstehen, wenn gesagt wird, daß es Dritte nur dann angeht, wenn sie die Sachlage und den Dolus des Vertreters durchschauen. Man kann verstehen und muß es nach meiner Ueberzeugung billigen, wenn die Ansicht durchbricht, daß der Dritte auch dann keine Rechte aus dem Geschäft ableiten kann, wenn er den Dolus des Vertreters nur hätte durchschauen müssen. Aber wenn man dies letztere einmal annimmt,

so ist nach meiner Ueberzeugung kein berechtigter Grund dafür vorhanden, bei unbeschränkbarer Vertretungsmacht das positive Wissen zu fordern. Daher muß der obenaufgestellte Satz in voller Allgemeinheit auch für die Fälle der unbeschränkbaren rechtsgeschäftlichen und ebenso für die Fälle der gesetzlichen Vertretungsmacht anerkannt werden."

Kipp vertritt also den Standpunkt, daß hinsichtlich der Anforderungen an die Redlichkeit des Geschäftsgegners alle Fälle der Vertretungsmacht gleich zu behandeln seien." 18)

RGE Bd. 130, S. 131 (S. 134) bestätigt die in RGE Bd. 71, S. 219 ff. gemachte Unterscheidung zwischen der Stellung des Dritten bei der gesetzlichen und gewillkürten Vertretung und der Gleichstellung der Stellung des Dritten bei der Vertretung durch einen Testamentsvollstrecker und bei der rechtsgeschäftlichen Vertretung, wie sie in RGE Bd. 75, S. 302 [19]) gemacht wurde. Einen neuen Gesichtspunkt bezügl. der Wirkung des Geschäfts bringt RGE Bd. 130, S. 131 (S. 142) insoweit, als ausgeführt wird: „Neben dem den Vertragsgegnern bekannten oder infolge von Fährlässigkeit unbekannt gebliebenen Mißbrauch der Vollmacht kommt der Klagegrund des § 138 Abs. 1 BGB in Betracht." Und weiter: „Es ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt, daß der Abschluß eines Vertrages durch einen Bevollmächtigten im Einverständnis mit dem Vertragsgegner als gegen die guten Sitten verstoßend und deshalb als nichtig anzusehen ist (§ 138 Abs. 1 BGB), wenn der Bevollmächtigte dafür ein Geschenk erhält. Regelmäßig wird die Nichtigkeit schon dann anzunehmen sein, wenn der Vertragsschluß auf dieses Geschenk zurückzuführen ist, mag auch dem Vollmachtgeber ein an sich ausreichender Betrag zufließen (vgl. RG in Recht 1923 Nr. 853 und dortige Nachweisungen, sowie RG in Jur. Rdsch. 1925, Nr. 989)."

Zu der letzten vom RG behandelten Frage führt Kipp 20) m. E. mit vollem Recht aus, daß es zwar zutreffend sei, wenn das RG 21) die Nichtigkeit eines Geschäftes gemäß § 138 BGB daraus entnehmen wolle, daß beide Vertragsschließenden, nämlich der Vertreter und der Kontrahent zusammenwirken, um den Vertretenen als Dritten zu schädigen, daß dieser aber nicht Dritter sei, wenn sich der Schädigungswille gegen ihn als Vertragspartei richte, wie es im vorliegenden Falle tatsächlich sei. Demnach könne also § 138 BGB keine Anwendung finden.

---

18) Siebert in JW 1935, S. 1013 Anm.
19) Siehe dazu auch Kipp, RG-Festschr. S. 284, 285 und insbes. S. 286.
20) In RG-Festschr. S. 287.
21) RGE JW 1916, Nr. 1, S. 114; RGE Bd. 79, S. 279 ff.; RGE Bd. 88, S. 366; RG JW 1925, Nr. 26, S. 1935.
JW 1925, Nr. 26, S. 1395.

RGE Bd. 134 S. 67 ff. führt aus: Grundsätzlich sei zwar für die Verbindlichkeit des Geschäfts der Vollmachtsinhalt maßgebend, hiervon sei aber eine Ausnahme zu machen[22], wenn zu Ungunsten des Geschäftsgegners die Grundsätze vom Handeln wider Treu und Glauben Platz griffen und damit dem Vollmachtgeber die Einrede der Arglist in die Hand gegeben werde. Das sei u. a. dann der Fall, wenn der Geschäftsgegner wisse oder sich sagen müsse, daß der Abschluß des Geschäfts dem Interesse des Vollmachtgebers zuwider laufe und er den Abschluß keinesfalls beabsichtigt haben könne. Das Handeln wider Treu und Glauben liege hier darin, daß der Geschäftsgegner unter Berufung auf die formelle Vertretungsmacht des Bevollmächtigten dem Machtgeber ein Geschäft aufzuzwingen suche, von dem er wisse oder sich sagen müsse, daß dieser es nicht gewollt habe, weil es seinen Interessen zuwider laufe.

Als neuer Gesichtspunkt ist zu beachten, daß im Falle des Platzgreifens die Regeln über Treu und Glauben, — welches schon dann angenommen werden soll, wenn der Dritte weiß oder sich sagen muß, daß der Vertretene ein solches Geschäft nicht wolle — dem Vollmachtgeber die Einrede der Arglist zu geben sei. Hier stellt das Reichsgericht also deutlich den § 242 in den Vordergrund, während die ältere Rechtsprechung mehr oder weniger ausdrücklich die §§ 826, 249 zugrunde legte[23].

Alle bisherigen Entscheidungen des Reichsgerichts mit Ausnahme der RGE Bd. 75 S. 299 ff. (S. 301) sehen das Handeln des Vertreters innerhalb seiner Vollmacht, aber unter Ueberschreitung des Innenverhältnisses im Anschluß an die Rechtsprechung des ROHG und des Reichsgerichts vor Geltung des BGB unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs der Vertretungsmacht, und nicht etwa unter dem der Vertretung ohne Vertretungsmacht.

Die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 143, S. 196 (S. 200) stellt den Unterschied zwischen einer Beurteilung nach den Regeln einer Vertretung ohne Vertretungsmacht oder anderseits nach dem Grundsatze des Mißbrauchs der Vertretungsmacht klar heraus und berührt damit die Kernfrage unseres Problems. Schließe der Vertreter ein normalerweise ganz außerhalb der ihm übertragenen Verwaltung (der Vollmacht) — deren Umfang nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Geschäfts gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln sei — liegendes Geschäft ab, so sei er zu einem solchen nicht ermächtigt. Der Vollmachtgeber brauche vielmehr das von dem Be-

22) S. 71, Bd. 134.
23) Vgl. RGE Bd. 58, S. 356.

vollmächtigten „als Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossene Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen (§ 177 BGB)".

Wenn man aber nach Lage des Falles annehmen müsse, daß das von dem Vertreter abgeschlossene Geschäft „an sich" von der Vollmacht gedeckt werde, so hätte diesfalls immer noch ein Mißbrauch der Vollmacht vorgelegen. Hierzu genüge es, wenn Umstände gegeben seien, die den Argwohn des von dem dritten Kontrahenten mit der Prüfung der Vollmacht des Vertreters beauftragten Notars hätten erregen müssen. Es genüge, daß auf seiten des Dritten oder dessen Vertreters einfache Fahrlässigkeit vorliege, „um gegenüber der Berufung auf die Vollmacht die Einrede der Arglist zu begründen (RGZ Bd. 83, S. 348; RG in JW 1931, Nr. 3, S. 2229)."

RGZ in JW 1935, S. 1012 ff. wendet sich bewußt von der bisherigen Rechtsprechung ab und enthält in zweifacher Hinsicht eine klare Stellungnahme im Sinne der Auffassung von Kipp 24): Einmal geschieht das durch die Gleichstellung von rechtgeschäftlicher und gesetzlicher Vertretungsmacht.

Es liege kein Grund vor 25), den Mißbrauch der gesetzlichen Vertretungsbefugnis anders zu behandeln (vgl. RGZ Bd. 58, S. 356, RGR.-Komm. zu § 166 BGB Anm. 4), wenn auch anzuerkennen sei, daß bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts die Erkennbarkeit des Mißbrauchs für den Geschäftsgegner meistens schwieriger sein werde als bei der rechtsgeschäftlichen Vollmacht. Wenn darüber hinaus in der Entscheidung des VI. Zivilsenates RGZ Bd. 71, S. 222 26) bei gesetzlicher Vertretungsbefugnis eine Kollusion zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Geschäftsgegner als erforderlich erachtet worden sei, um die Einrede der Arglist zu begründen, sei hieran nicht festzuhalten.

Wenn weiter bezüglich der Redlichkeit des Dritten gesagt wird, dieser könne keine Ansprüche aus dem mit dem Vertreter abgeschlossenen Geschäft herleiten, wenn er bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt den Mißbrauch der Vollmacht hätte erkennen müssen (einfache Fahrlässigkeit), so muß das bei Gleichstellung der rechtsgeschäftlichen mit der „gesetzlichen" Vertretungsmacht auch für die letztere als ausreichend angesehen werden. Die Entscheidung enthält also auch insoweit eine volle Anerkennung der Kipp'schen Ausführungen.

Im Hinblick auf die Wirkungen eines unter Mißbrauch der Vollmacht vom Vertreter abgeschlossenen Geschäfts führt das

24) s. oben S. 64.
25) JW 1935, S. 1014.
26) JW 1909, S. 453.

Reichsgericht aus 27): daß bei Kollusion die Einrede des unerlaubten Rechtserwerbs gegeben (Exceptio doli praeteriti oder specialis, §§ 826, 853 BGB) sei, bei einem Mißbrauch der Vertretungsmacht, den der Gegner bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nur hatte erkennen müssen, die Einrede der unerlaubten Rechtsausübung (exceptio doli praesentis oder generalis, § 826 BGB).

Es wird darauf hingewiesen, daß demnach in den Fällen echter Kollusion bereits der Erwerb des Anspruchs eine unerlaubte Handlung darstelle. Diese verpflichte nach §§ 826, 853, 249 BGB zum Schadenersatz, so daß die „Unwirksamkeit" derartiger Geschäfte sich in Wahrheit als eine Form des Schadensersatzes nach § 249 BGB herausstelle 28).

Auch hierin liegt ein Einlenken im Sinne Kipp's, der die früher vom Reichsgericht vertretene Ansicht, im Falle der Kollusion greife § 138 BGB Platz, ablehnt, denn auch das Reichsgericht will nunmehr offenbar den § 138 BGB, selbst im Falle der Kollusion, nicht mehr anwenden, sondern dem Vertretenen nur eine Einrede zuerkennen.

Zum Schluße der Untersuchung über den in den Entscheidungen des Reichsgerichts vertretenen Rechtsstandpunkt mag noch die Entscheidung vom 9. 10. 1935 29) angeführt sein. Es wird dort betont, daß nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts derjenige, demgegenüber der Bevollmächtigte ein Rechtsgeschäft vornehme, die Verpflichtung habe, das Innenverhältnis zwischen dem Bevollmächtigten und dem Machtgeber nachzuprüfen, wenn sich ihm bei redlicher Rücksichtnahme auf die Belange des Machtgebers begründete Zweifel an der Treue des Bevollmächtigten aufdrängen mußten und ihm Schritte zur Aufklärung zuzumuten waren. Das ergebe der das ganze Schuldrecht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Tue der Vertragsgegner das nicht, dann müsse er sich vom Vollmachtgeber die Einrede der Arglist entgegenhalten lassen mit der Wirkung, daß diesem gegenüber das Rechtsgeschäfts unverbindlich sei.

Wie aus den Entscheidungen des Reichsgerichts zu ersehen ist, nimmt es zwar eingehend zu unserer Frage Stellung, läßt aber die Kernfrage offen: „wie die Fälle des Mißbrauchs der Vertretungsmacht nun richtigerweise zu behandeln sind: Als „echte" Mißbrauchsfälle (Handeln innerhalb der Vertretungsmacht, aber unter Ueberschreiten der Befugnisse aus dem Innenverhält-

27) JW 1935, S. 1014.
28) Siebert in JW 1935, S. 1013.
29) In JW 1936, S. 43.

nisse) — dann müßte dem Vertretenen gegen den Dritten mit dem Einwand unzulässiger Rechtsausübung (auf der Seite des Dritten) oder mit der Lehre von der culpa in contrahendo geholfen werden; oder als Fälle der Ueberschreitung der Vertretungsmacht (wobei besonders zu begründen wäre, wie weit Umstände auf der Seite des Dritten für diese Ueberschreitung der Vertretungsmacht durch den Vertreter herangezogen werden können oder müssen) — dann kann der Vertretene bereits durch die §§ 177 ff. genügend geschützt werden." 30).

Zwar wird diese grundsätzliche Frage in RGZ Bd. 143, S. 196 (S. 200) 31) gestreift, wenn nach dieser Entscheidung auf ein Geschäft, das normalerweise außerhalb der dem Vertreter übertragenen Vollmacht liege, die Grundsätze der Vertretung ohne Vertretungsmacht Anwendung finden sollen; falls dieses aber innerhalb dieses Bereiches liege, der Gesichtspunkt des Mißbrauchs der Vertretungsmacht angewendet werden solle. Jedoch ergibt sich aus der Entscheidung vom 5. 10. 1934 32), daß das Reichsgericht die Bedeutung dieser Unterscheidung, insbesondere auch für die Wirkungen des Geschäfts nicht erkannt hat. Das Reichsgericht führt nämlich aus 33), daß zweckfremde Rechtsgeschäfte „dem Geschäftsgegner keinesfalls dann Rechte gewähren, wenn er die Zweckfremdheit bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen", nimmt also für diesen Fall offenbar Vertretung ohne Vertretungsmacht an, legt aber gleichwohl dann weiter dar, daß „in solchem Falle zugleich ein dem Gegner erkennbarer Mißbrauch der Vertretungsmacht vorliege, der ihm entgegen gehalten werden kann, wenn er dauraus Rechte herleiten will" 34).

Das ist nicht zu billigen, denn: „Wenn . . . das Reichsgericht den Vertretenen gegenüber dem Geschäftsgegner durch den Einwand der unerlaubten oder unzulässigen Rechtsausübung schützen will, so bringt es damit zum Ausdruck, daß die betr. Handlung des Vertreters „an sich" im Rahmen seiner Vertretungsmacht gelegen habe, daß der nur Dritte wegen seiner Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis von der Ueberschreitung des Innenverhältnisses den ihm — wiederum „an sich" — zustehenden Anspruch gegen den Vertretenen nicht geltend machen könne. Würde das Reichsgericht . . . . der Auffassung von Kipp folgen, so brauchte es gegen den Geschäftsgegner nicht mit der Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung zu arbeiten, denn nach Kipp wäre

30) JW 1935, S. 1014, Anm. 5.
31) s. oben S. 28, 29.
32) In JW 1935, S. 1012 ff.
33) JW 1935, S. 1013.
34) Siebert in JW 1935, S. 1014.

ja überhaupt kein Anspruch gegen den Vertretenen entstanden (§§ 177 ff.), so daß es auf ein Hindernis in der Geltendmachung gar nicht ankäme." 35).

Die beiden Möglichkeiten, die einer Lösung der Frage dienlich sind, umreißt Siebert 36) außerordentlich klar: „Entweder erblickt man in den Fällen des sog. Mißbrauchs der Vertretungsmacht einen echten Mißbrauch, d. h. einen Gebrauch der Vertretungsmacht unter Verletzung (Ueberschreitung) des Innenverhältnisses. Dann setzt man also in diesen Fällen ein Auseinanderfallen und einen verschiedenen Umfang von Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis voraus, verwendet die Selbständigkeit („Abstraktheit") der Vollmacht und somit den möglichen Zwiespalt zwischen Können (Außenverhältnis) und Dürfen (Innenverhältnis). Eine „Unwirksamkeit" des Geschäfts gegenüber dem Vertretenen kann man daher — abgesehen von § 138 BGB — nur auf dem Wege und in den Fällen der unzulässigen Rechtsausübung auf der Seite des Dritten, des Geschäftsgegners begründen: der Dritte ist dann unter besonderen Umständen gehindert, Rechte gegen den Vertretenen, die ihm „an sich" zustehen würden, geltend zu machen. Welche tatbestandlichen Voraussetzungen in der Person des Dritten vorliegen müssen, um für ihn ein solches Hindernis der Rechtsausübung zu begründen, bestimmt sich . . . nach den §§ 826 und 242 BGB. In diesen Fällen liegt mithin die Begründung für die Unwirksamkeit des Geschäfts vorwiegend in der Person des Dritten.

Man kann aber auch mit Kipp in erster Linie von der Vertretungsmacht und ihrem Umfang ausgehen. In den Fällen des sog. Mißbrauchs der Vertretungsmacht wäre dann in Wahrheit eine Ueberschreitung dieser Vertretungsmacht festzustellen. Der Satz, daß ein scheinbarer Mißbrauch in Wahrheit eine Ueberschreitung des Rechts oder der Rechtsmacht darstellt, setzt eine inhaltliche Begrenzung dieses Rechts oder dieser Rechtsmacht voraus. Es müßte also dargetan werden, daß die Vertretungsmacht selbst doch nicht so schrankenlos sei, wie es bei der Prüfung des Wortlautes der Bevollmächtigung oder der gesetzlichen Bestimmungen zunächst erscheinen mag, daß vielmehr nach § 157 BGB oder nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesauslegung eine Begrenzung der Vertretungsmacht festgestellt werden könne, die das Können dem Dürfen annähert oder gar gleichsetzt. Diesen Gedanken deutet das Reichsgericht an, wenn es von „zweckfremden" oder „verbandsfremden" Geschäften spricht. Sind aber solche Geschäfte nicht mehr von der Vertretungsmacht gedeckt, so sind sie

35) Siebert in JW 1935, S. 1012, Anm. 3.
36) Derselbe, ebenda, S. 1014, Anm. 4.

nach §§ 177 ff. für den Vertretenen unverbindlich, ohne daß der Vertretene sich gegen den Dritten mit dem Einwand unzulässiger Rechtsausübung zu verteidigen brauche."

Siebert meint dann weiter, daß es angebracht sei, überhaupt in allen Fällen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht eine Ueberschreitung derselben zu erblicken. Das Ergebnis, das eine Pflichtwidrigkeit des Vertreters einem Dritten entgegengehalten werden könne, werde dann also ausschließlich auf dem Wege über die Vertretungsmacht selbst erreicht, wobei der berechtigte Schutz redlicher Dritter durch eine entsprechende Begrenzung des „Mißbrauchs"-Tatbestandes gewährleistet werden könne 37).

Durch diese Ausführungen Sieberts ist der grundsätzlichen Behandlung des Mißbrauchs der Vertretungsmacht der Weg gewiesen. Welche der von Siebert bezeichneten zwei Möglichkeiten dem Wesen des Vertretungsrechts am meisten entspricht, ist aber davon abhängig, ob an der Selbständigkeit (Abstraktheit) der Vollmacht festzuhalten ist.

Das ist der Fall.

Ohne Zweifel deutet zunächst § 176 BGB auf ein abstraktes Rechtsgeschäft hin. Das wird selbst von den Gegnern der Abstraktheit der Vollmacht anerkannt 38). Jedoch versuchen diese aus dem § 168 BGB, wonach sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis bestimmen soll, eine Abhängigkeit der Vollmacht von diesem herzuleiten.

So sagt Planck 39) ganz allgemein, wenn sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis richte, so müsse dasselbe auch für die Entscheidung der Vollmacht gelten.

Auf den Wortlaut der Protokolle II, Bd. 1, S. 145 ist, wie Planck zugibt, bei Behandlung unserer Frage entscheidender Wert nicht zu legen. Das ergibt sich daraus, daß dort in einem Zuge gesagt wird:

1) Die Vollmacht sei nicht abstrakt, sondern an ein anderes Geschäft angelehnt,

2) Vollmacht und Auftrag seien streng zu scheiden.

Während doch gerade diese systematische Trennung von Vollmacht und Auftrag 40) ein Indiz für die Abstraktheit der Vollmacht ist.

Gareis 41) bemerkt im Hinblick auf die Protokolle „Vollmacht ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, eine empfangsbedürftige

---

37) Siebert in JW 1935, S. 1012 ff. Anm.
38) Planck, a. a. O., 1903, zu § 167, S. 293.
39) Derselbe, ebenda.
40) s. u. Enneccerus S.
41) Komm., zu § 167 BGB.

Willenserklärung, welche zwar kein abstraktes Rechtsgeschäft ist, sondern stets auf dem Grunde eines anderen Rechtsverhältnisses (z. B. auf einem Auftrag oder einem Dienstverhältnis) steht, von diesem auch beeinflußt, von diesem aber scharf zu unterscheiden ist." 42).

Nach v. Seller 43) ist die Vollmacht etwas dem zwischen dem Machtgeber und Bevollmächtigten abgeschlossenen Vertrage, — also regelmäßig dem Auftrag oder dem Dienstverhältnis — „notwendig und begrifflich Innewohnendes". Nach seiner Ansicht sind . . . „in Wirklichkeit diejenigen Fälle, die man als abstrakte Bevollmächtigung bezeichnet, Fälle der Scheinvollmacht" 44). Der Dritte müsse sich nämlich um den zugrundeliegenden Vertrag kümmern, da er nur im Ausnahmefalle durch die §§ 170 — 172 BGB gedeckt werde.

Hierzu ist wiederum zu sagen, daß diese Verpflichtung des dritten Kontrahenten, sich um das zugrundeliegende Rechtsverhältnis zu kümmern, die Abstraktheit der Vollmacht nicht berührt 45).

Auch Meyer 46) ist der Ansicht, daß die Vollmacht in solchen Fällen nur Scheinvollmacht sei, da die Form dem Willen nicht entspreche. Es werde nur der gute Glaube an die Richtigkeit des äußeren Tatbestandes geschützt.

Damit lehnen beide letzteren zwar die Abstraktheit der Vollmacht ab, kommen aber in Ansehung der bei „Mißbrauch" der Vertretungsmacht anzuwendenden Regeln zu dem gleichen Ergebnis wie diejenigen, welche die Abstraktheit annehmen. Denn wenn der gute Glaube an die Richtigkeit des äußeren Tatbestandes, also des Bestehens der Vollmacht geschützt werden soll, so richtet sich die Wirkung des Geschäfts nicht nach der Vertretungsmacht als solcher, sondern nach dem Vorliegen bezw. Mangel des guten Glaubens auf seiten des Dritten. Die Wirkung des mühsam konstruierten Mangels an Vertretungsmacht wird durch diese Einschränkung illusorisch gemacht.

Leonhard 47) will die Bezeichnung Abstraktheit oder Kausalität in Bezug auf die Vollmacht gar nicht gelten lassen: Nach ihm „wird bei dem Streit über die abstrakte Natur unter dem „Abstrakten" etwas anderes verstanden, als vielfach sonst, nämlich

42) [illegible] II, [illegible] S. 145.
43) [illegible] Bürgerl. [illegible], B. 28, S. 9 ff.
44) [illegible] s. dazu auch v. Thur a. a. O., 1918, S. 385, Anm. 52); Staudinger-[illegible] S. 860. Anm. S. 861.
45) [illegible] a. a. O. S. 860/61, Anm.
46) Das [illegible]zip im Deutschen Bürgerlichen Recht. Insbes. Ausführungen S. 93, [illegible]
47) [illegible] a. a. O. [illegible]

die Unabhängigkeit des Vollmachtsinhalts von dem vorausgehenden Rechtsverhältnisse, das zur Erteilung des Vertretungsrechts Anlaß gibt, z. B. dem Verhältnisse aus dem Dienstvertrage, aus dem der Diener die Befugnis erhält, im Namen des Herrn zu handeln."

Es ist im Laufe unserer Ausführungen hinreichend darauf hingewiesen, daß unter der Abstraktheit der Vollmacht im Zusammenhang mit unserem Thema nichts anderes zu verstehen ist, als Trennung der Vollmacht von dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis. Es erübrigt sich demgemäß, auf die obigen Darlegungen näher einzugehen und wie Leonhard es will, von „isolierter" und „verbundener" Vollmacht zu sprechen 48).

Die herrschende Meinung hält demgegenüber an der Abstraktheit der Vollmacht fest.

In dieser Richtung führt v. Tuhr 49) aus: „Auf der Vollmacht beruht das rechtliche „Können" des Vertreters, auf der zugrundeliegenden causa „Dürfen". Wenn sich beide Kreise decken, d. h. wenn die Vertretungsmacht sich nur auf solche Rechtsgeschäfte bezieht, die der Vertreter vornehmen darf, kann man die Vollmacht als causal bezeichnen. In vielen Fällen ist aber die Vollmacht ihrem Umfange nach unabhängig vom Kausalverhältnis, d. h. abstrakt, so daß gewisse Handlungen des Vertreters, weil sie innerhalb der Vollmacht liegen, wirksam sind, während er wegen Verletzung seiner Pflichten aus dem Kausalverhältnis dem Vollmachtgeber zum Schadensersatz verpflichtet ist."

Grundsätzlich ist v. Tuhr zu folgen. Wenn er jedoch bei Uebereinstimmung von Vollmachts- und Auftragsgrenze erstere als kausal bezeichnen will, so ist das nicht richtig. Selbst in solchem Falle ändert sich an der „an sich" vorliegenden Abstraktheit der Vollmacht nichts, wenn auch deren Umfang zufällig mit dem Umfange des Innenverhältnisses übereinstimmt.

So weisen auch Enneccerus-Kipp 50) darauf hin, daß, selbst wenn die Bevollmächtigung ausnahmsweise mit einem anderen Geschäft so verbunden sei, sie von dessen Gültigkeit abhängig sei, die Vollmacht besser als bedingt und nicht als kausal zu bezeichnen sei.

Hervorzuheben sind des weiteren in Bezug auf die Abstraktheit der Vollmacht die Ausführungen von Oertmann 51), der betont, daß Vollmacht und Auftrag sich im Leben zwar häufig decken, daß dieser „Zusammenhang" aber nicht zu einer Verwechslung von Vollmacht und Auftrag führen dürfe. Wenn auch bei den

48) s. dazu Enneccerus-Kipp, 1931, S. 565.
49) Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Hälfte, S. 385/386.
50) Enneccerus-Kipp, a. a. O., 1931, S. 566.
51) Bürgerl. Gesetzbuch, Allg. Teil, 1927, S. 597.

Römern ein technisch abgegrenzter Begriff der Vollmacht gegenüber dem mandatum gefehlt habe, auch das A. L. R. I 13, §§ 1 ff. [52]) der festen Scheidung entbehrt habe, so sei eine solche der modernen Rechtswissenschaft endgültig gelungen.

Vor allem erscheint es aber als erforderlich, auf die grundlegenden Ausführungen über die Abstraktheit der Vollmacht von Laband 53) einzugehen. Nach ihm ist „der Auftrag . . . für die Vollmacht irrelevant". „Die Vollmacht gewährt die Möglichkeit, durch die eigenen im fremden Namen abgeschlossenen Verträge einen anderen zu berechtigen und zu verpflichten, gleichviel ob dieser andere den Abschluß dieses bestimmten Vertrages angeordnet, ob er dem Ermessen des Bevollmächtigten freien Spielraum gewährt oder ob er endlich den Abschluß dieses Vertrages geradezu untersagt habe; der Auftrag ist also für die Stellvertretungsbefugnis irrelevant." Die scharfe Trennung dieser beiden Begriffe wird von ihm als eine juristische Notwendigkeit bezeichnet.

Der Zweck, den der Prinzipal bei Erteilung der Vollmacht im Auge habe, bestehe oft gerade darin, daß der Bevollmächtigte selbst die Geschäfte besorge, ohne daß der Prinzipal ihn durch bestimmte Weisungen zu dirigieren brauche. Wenn auch der Prinzipal ihm Aufträge erteile, so seien diese doch nur Instruktionen, deren Nichtbefolgung der Bevollmächtigte dem Prinzipal gegenüber zu verantworten habe, die aber dem Dritten nicht entgegengehalten werden könnten.

Nach Rosenberg 54) würde es einen Rückschritt bedeuten, „den seit Laband allgemein anerkannten und im BGB gesetzlich festgelegten und durchgeführten Unterschied der Vollmacht von dem ihm zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen wieder zu beseitigen".

Nach der Auffassung von Hupka 55) hat die Entstehung der Vollmacht keine andere Voraussetzung, als daß der zu Vertretende seine Zustimmung zur Stellvertretung erklärt hat. Ob neben der Bevollmächtigung auch ein Rechtsverhältnis bestehe, das den Bevollmächtigten dem Vertretenen gegenüber zur Ausübung der Vollmacht berechtigte, sei für die Vollmacht grundsätzlich irrelevant. Müßte der Dritte vor dem Geschäftsabschluß nicht bloß die Vollmacht des Vertreters prüfen, sondern auch untersuchen, ob zwischen Vertreter und Vertretenem ein Vertrag abgeschlossen wurde, welcher Art derselbe sei, und ob nicht etwa seiner Gültig-

52) Oertmann, BGB I. S. 597.
53) In: Z. f. d. ges. H.R., Bd. 10, S. 183 ff., insbes. S. 203 ff., S. 206.
54) Rosenberg, a. a. O., S. 145 ff., insbes. S. 147.
55) Hupka, a. a. O., zu § 8, S. 155 ff. (157).

keit formelle oder materielle Bedenken entgegenstünden, so würde dadurch der Verkehr mit Stellvertretern in unerträglicher Weise erschwert 56).

Nipperdey 57) legt dar, daß, wenn die Vollmachtserteilung wirklich von dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis abhängig wäre, es einer Reihe von Schutzbestimmungen für gutgläubige Dritte bedurft hätte, die doch nicht in das Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem hineinsehen könnten. Aber solche Schutzbestimmungen fehlten nicht bloß gänzlich, sondern andere vorhandene Schutzbestimmungen seien sogar derartig auf den Fall des Erlöschens der Vollmacht beschränkt, daß schwerlich glaubhaft sei, der Fall der Entstehung habe mitbetroffen werden sollen, oder sei nur vergessen worden. Er folgert damit im Gegensatz zu Planck, wenn das Gesetz 58) alle diese Vorschriften der §§ 168 ff. mit solcher Schärfe nur für das Erlöschen gebe, so ergebe sich daraus eher ein Argument für die Ansicht, welche die Abstraktheit der Vollmacht annehme, da diese nicht genötigt sei, jene Vorschrift (§ 168 BGB) auf die Entstehung mitzubeziehen.

Im weiteren wird die Abstraktheit der Vollmacht zugrunde gelegt. Daraus folgt aber für unsere Frage, daß bei Ueberschreitung des Innenverhältnisses grundsätzlich keine Vertretung ohne Vertretungsmacht, sondern ein Mißbrauch derselben angenommen werden muß.

Hier ist Siebert 59) anderer Meinung, indem er annimmt, es liege in den Fällen des Ueberschreitens der Befugnisse des Innenverhältnisses, aber beim Einhalten der Vollmachtsgrenze „in Wahrheit eine Ueberschreitung der Vertretungsmacht vor“ 60).

Zwar nimmt auch Siebert — allgemein gesprochen — Mißbrauch der Vertretungsmacht an und gegebenenfalls unzulässige Rechtsausübung auf Seiten des Dritten. Nach ihm 61) ist aber in dem Mißbrauch, dem nicht zu billigenden Gebrauch eines Rechts in Wahrheit eine Ueberschreitung desselben zu sehen. Nach Siebert entspricht es gerade der deutschrechtlichen Auffassung, die Schranken eines Rechts zu dessen Inhalt zu zählen 62). Er lehnt also vom Standpunkt seiner grundsätzlichen Beurteilung des Wesens des „Mißbrauchs“ die Annahme eines solchen im eigentlichen Sinne ab.

---

56) Hupka, a. a. O., 1931, S. 561, 565. „Die Vollmacht ist . . . von der Gültigkeit des Verhältnisses, das zu ihrer Erteilung den Anlaß gab, nicht abhängig, sondern kann gültig sein, obgleich dieses aus einem die Vollmacht nicht berührenden Grunde nichtig ist.“
57) a. a. O. S. 566, 5a.
58) Ebd. S. 566, Anm. 19.
59) s. oben S. 81.
60) Siebert in JW 1935, S. 1014.
61) Ders. Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung.
62) Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 87.

Nach ihm sind die Ansichten derer, die im Mißbrauch und in unzulässiger Rechtsausübung nur eine prozessuale Ausübungsschranke oder ein von außen an das Recht herantretendes Ausübungshindernis sehen, verfehlt[63]. Vielmehr stelle das fehlende Ausübungsrecht einen Mangel des Rechts dar. Wer also einen falschen, unzulässigen Gebrauch von dem Recht mache, es mißbrauche, der überschreite es. Wer insbesondere die Vertretungsmacht (Vollmacht) mißbrauche, überschreite sie, handele also als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Er könne Rechte gegen den Vertretenen gar nicht vermitteln, mit der weiteren Folge, daß der § 179 BGB Platz greife.

Grundsätzlich mag vielleicht die Auffassung Sieberts, daß die Ausübungsschranke als Rechtsinhalt anzusehen sei, richtig sein. Jedoch ist dieser Grundsatz auf die Vertretung und den Mißbrauch der Vertretungsmacht nicht anwendbar. Denn die Vertretung ist ein aus Vollmacht und Auftrag zusammengesetztes Rechtsgeschäft. Die Vollmacht betrifft das Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten, der Auftrag das Innenverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter. Man kann nicht eine Pflicht zur Nichtausübung eines Rechts auf Seiten des Vertreters, die gegenüber dem Vertretenen besteht, ohne weiteres als eine auch für einen Dritten verbindliche Ausübungsschranke gelten lassen, da letzterem gegenüber nur der Vollmachtsinhalt maßgebend ist. Es handelt sich um verschiedene Personen und um verschiedene Rechtsverhältnisse. Also kann der Grundsatz Sieberts für die Stellvertretung nicht gelten.

Bei auftragswidrigem Handeln des Vertreters kann nur Mißbrauch der Vertretungsmacht angenommen werden. Diese Auffassung entspricht auch der früher von Siebert[64]) vertretenen Ansicht, nach der angesichts des umfassenden Geltungsbereiches der drei Haupttatbestände unzulässiger Rechtsausübung (§§ 226, 242, 826 BGB) hervorgehoben werden müsse, daß in einzelnen Fällen die Anwendung der Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung möglicherweise stark beschränkt oder nahezu ausgeschlossen sei. Das müsse vor allen Dingen dann gelten, wenn ein allgemeines Bedürfnis nach einer „unverbrüchlich festen Ordnung" bestehe oder wenn und soweit bestimmte Dritte oder die Allgemeinheit an den ungeschmälerten Bestand des Rechts oder der Befugnis ein besonderes schutzbedürftiges Interesse hätten, wie vielleicht bei der Vertretungsmacht. Damit stellt Siebert selbst mit Recht die Anwendbarkeit seiner Theorie vom Rechtsmißbrauch und unzulässiger Rechtsausübung für die Stellvertretung in Frage.

63) Ebd., s. vor S. 83 ff. und JW 1935, Anm.
64) Verwirkung u. Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 126, 127.

Es ergibt sich also für uns folgender Rechtsstandpunkt: Abstraktheit der Vollmacht und damit Annahme eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht. Hiernach hat aber der Dritte in den Mißbrauchsfällen grundsätzlich Rechte erworben. Das schließt aber nicht aus, daß der Geltendmachung gegen den Vertretenen ein Einwand oder eine Einrede entgegengesetzt werden kann, wenn dem Dritten beim Erwerbe des Rechts ein Verschulden trifft. Es kommt also auf die Redlichkeit des D r i t t e n an.

Mit gewissen Ausnahmen besteht in Literatur und Praxis Einigkeit darüber, daß bei der gewillkürten Stellvertretung schon leichte Fahrlässigkeit des Dritten, d. h. leicht fahrlässige Nichterkenntnis des Mißbrauchs der Vertretungsmacht durch den Vertreter genügen soll.

Bei der gesetzlichen Vertretungsmacht gehen die Ansichten über die an die Redlichkeit des Dritten zu stellenden Anforderungen auseinander. Kipp 65) und das Reichsgericht 66) vertreten die Auffassung, daß bezüglich der an die Redlichkeit des Dritten zu stellenden Erfordernisse eine Unterscheidung zwischen der gewillkürten und gesetzlichen Vertretung nicht zu machen sei. Diese Auffassung ist zutreffend. Es muß auch bei der gesetzlichen Vertretungsmacht leichte Fahrlässigkeit des Dritten genügen, um dem Vertretenen diesem gegenüber einen Einwand zu geben. Denn es ist zwar, wie das Reichsgericht 67) richtig bemerkt, bei der gesetzlichen Vertretung dem Dritten das Erkennen des Mißbrauchs meist schwieriger. Das kann aber nichts daran ändern, daß bereits leichte Fahrlässigkeit zur Begründung des Einwandes bezw. der Einrede genügt, da ein innerer Grund für eine verschiedene Behandlung der gesetzlichen und der gewillkürten Vertretungsmacht nicht aufzufinden ist. Ist dem Dritten die Beschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennbar, so handelt er eben nicht mehr fahrlässig und ist mithin redlich. Ein Einwand oder eine Einrede sind gegen ihn nicht begründet.

Dabei sei noch darauf hingewiesen, daß der Vertretene, der die Berufung auf unzulässige Rechtsausübung geltend machen will, den Beweis des Verschuldens des Dritten zu erbringen hat 68). Das wird ihm in den Fällen der gesetzlichen Vertretungsmacht eben schwerer gelingen.

Einer besonderen Behandlung bedürfen diejenigen Fälle von Vertretungsmacht, deren Umfang durch das HGB und seine Neben-

65) s. oben S. 26, 27.
66) s. oben S. 29.
67) In: JW 1935, S. 1012 ff. (S. 1014).
68) s. dazu Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 150 oben, und ROHG Bd. 23, S. 349, Abs. 2.

gesetze gesetzlich bestimmt wird 69). Es heißt in den einschlägigen Vorschriften regelmäßig, daß eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam sei. Der Gesetzgeber verfolgt hiermit einen Zweck, die Zuverlässigkeit des Handelsverkehrs zu sichern. Dritte Personen, die mit einem Prokuristen oder einem vertretungsberechtigten Gesellschafter kontrahieren, sollen sich unbedingt darauf verlassen können, daß der Prokurist bezw. Gesellschafter Vertretungsmacht in dem sich aus dem Gesetz ergebenden Umfange habe. Sie sollen nicht gehalten sein, irgendwelche Nachforschungen darüber anzustellen, ob der Prokurist bezw. Gesellschafter seine Befugnisse vielleicht durch die Vornahme des Geschäftes überschreite.

Da das der anerkannte Zweck der genannten Bestimmungen ist, kann es dem Dritten nicht schaden, wenn er einen Mißbrauch der Vertretungsmacht nur fahrlässigerweise nicht erkennt. Nur wenn der Vertreter die Vertretungsmacht absichtlich zum Nachteile des Vertretenen mißbraucht und der Dritte an dieser Arglist teilnimmt (Kollusion), steht ihm der Einwand bezw. die Einrede der Arglist entgegen 70).

Zum Schlusse bleibt zu prüfen, welcher Art die dem Vertretenen gegenüber dem Dritten im Falle des Mißbrauchs der Vertretungsmacht im einzelnen zu gewährenden Rechtsbehelfe sind und auf welche positiv rechtlichen Bestimmungen sich diese stützen.

Daß derartige unter Ueberschreitung des Innenverhältnisses durch den Vertreter abgeschlossenen Geschäfte weder nichtig noch anfechtbar sind, ist bereits im Laufe der Ausführungen 71) nachgewiesen. Es bleibt also dem Vertretenen nur die Berufung auf unzulässige Rechtsausübung.

Wenn oben die Ansicht Sieberts vom Wesen der unzulässigen Rechtsausübung als für den Mißbrauch der Vertretungsmacht nicht zutreffend bezeichnet wurde, so ist damit nicht bestritten, daß „der Mißbrauch der Vertretungsmacht auf den Boden der Lehre von der unzulässigen Rechtsausübung entschieden werden kann“ 72).

Der Einwand bezw. die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung, die gemeinrechtlich hervortraten in der Form der exceptio doli, haben im BGB ihren Niederschlag gefunden.

69) [illegible] §§ 50, 126, 235 HGB; § 27 Genossensch.Ges.; § 37 G. m. b. H.-Gesetzes.
70) [illegible] Bd. 9, S. 148; Gruchot, Bd. 63, S. 187, RGE, Bd. 57, S. 391; Anschütz, a. a. O. [illegible] HGB Anm. 46, S. 305. Staub, a. a. O. S. 268/269 Anm. 2 zu § 50, HGB I, 1921.
71) [illegible] 67 68 bzw. 56 [illegible]
72) [illegible]

„Die wichtigsten Vorschriften 73) über Unzulässigkeit der Rechtsausübung sind in den §§ 226, 826 und 242 BGB enthalten. Danach ist eine Rechtsausübung unzulässig

1. wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen,
2. wenn sie gegen die guten Sitten verstößt,
3. wenn sie gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstößt."

Das Reichsgericht legt in seinen Entscheidungen über die Berufung auf unzulässige Rechtsausübung vornehmlich die §§ 242 und 826, 249 BGB zugrunde. Nach Siebert 74) ist einer Lösung dieser Frage, die „Treu und Glauben in den Vordergrund" stellt, gegenüber einer Begründung aus §§ 826 und 226 BGB der Vorzug zu geben.

Nach ihm tritt § 226 BGB „als tatbestandlich äußerst enggefaßte lex specialis gegenüber den anderen Vorschriften ganz in den Hintergrund. Praktisch viel bedeutungsvoller sind die §§ 826 und 242, die in einer unter sich etwas verschiedenen Weise eine Rechtsausübung dann für unzulässig erklären, wenn sie von einem mit dem Gemeinschaftsgedanken unvereinbarem Eigennutz getragen wird"75).

Die Frage, welche dieser Bestimmungen der Berufung auf unzulässige Rechtsausübung zugrunde zu legen ist, ist zu entscheiden nach dem Wesen des Mißbrauchs.

„Das umfassende objektive Kriterium wird in die Lehre von der unzulässigen Rechtsausübung am deutlichsten eingeführt durch § 242 BGB." Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte stellt man „am besten . . . auf das Erfordernis einer unparteiischen und gerechten Abwägung der beiderseitigen Interessen ab, wobei die anständige Verkehrssitte den Maßstab für die gerechte Abwägung darstellt" 76).

Gegen die Anwendung des § 826 ergeben sich jedoch Bedenken; denn § 242 BGB gibt den Maßstab für gerechte Interessenabwägung insbesondere für die an dem Rechtsverhältnis Beteiligten. Im § 242 BGB bildet 77) „den Gegenstand und die Grundlage für die Anwendbarkeit des Maßstabes von Treu und Glauben stets eine Sonderbeziehung zwischen bestimmten, an einem Rechtsverhältnis" beteiligten Personen. Im Gegensatz dazu sind

73) Siebert, Verwirk. u. Unzul. der Rechtsausübung, S. 151.
74) Ders. in JW 1935, S. 1014, Anm.
75) Siebert, Verwirk. u. Unzul. d. Rechtsausübung, S. 83 ff.
76) Derselbe, ebd., S. 77.
77) Ebd., S. 118.

nach § 826 BGB „bei dem Verstoß gegen die guten Sitten . . . Gegenstand der Wertung das Verhalten eines Rechtsgenossen schlechthin, also ohne daß die Rücksicht auf die Interessen gerade eines bestimmten Rechtsgegners entscheidend wäre, die Interessen der Allgemeinheit . . . sowohl Gegenstand der Abwägung als auch Maßstab der Bewertung".

Wenn demnach aus § 826 BGB das objektive Kriterium zur Begründung der Berufung auf unzulässige Rechtsausübung hergeleitet werden kann, so tritt diese Bestimmung doch deswegen in den Hintergrund, weil ihre Anwendung in den Fällen der Verletzung der guten Sitten, d. h. der Interessen der Allgemeinheit geboten ist, während § 242 bei Verletzung eines Sonderinteresses durch die Ausübung des betreffenden Rechts eingreift. Bei Berufung auf ein Geschäft, das unter Ueberschreitung der Befugnisse aus dem Innenverhältnis von dem Vertreter mit dem Dritten abgeschlossen wurde, verstößt dieses in erster Linie gegen Treu und Glauben, da es sich um Sonderinteressen des Vertretenen und um ein Sonderrechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Vertretenen handelt. Es muß demnach für die Begründung der Berufung auf unzulässige Rechtsausübung unter Berücksichtigung und Würdigung der Lehren vom allgemeinen Rechtsmißbrauch des § 242 BGB als Grundlage dienen.

Bislang ist die Frage offen gelassen worden, ob es sich bei der Berufung des Vertretenen auf den Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Vertreter im Sinne des bürgerlichen Rechts um eine Einwendung oder um eine Einrede handelt. Die Frage muß dahin entschieden werden, daß eine Einwendung vorliegt. Einen Verstoß gegen die Grundsätze des § 242 BGB muß der Richter auch ohne besondere Rüge der Partei beachten 78).

Ergebnis.

Diese Lösung dürfte m. E. zu einem Ergebnis führen, daß die Interessen des Vertretenen und des Dritten in engemessener Weise ausgleicht.

78) Siebert, a. a. O., S. 133 ff., insb. S. 148.

Literaturverzeichnis.

Anschütz und v. Völderndorff's: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche. I. Bd. 1. Heft. Erlangen 1894.

Arch. Bürg. Recht = Archiv für Bürgerliches Recht. Herausgegeben v. Dr. Paul Oertmann. Berlin.

Buchka: Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. I. Bd. 1852.

Dernburg: Pandekten. Berlin 1901.

Dernburg: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens. Halle 1902.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bügerlichen Rechts. I. Bd. 1926 Marburg.

Franklin: Das Reichshofgericht im Mittelalter. I. Bd. Weimar 1867.

Gierke, v.: Deutsches Privatrecht. I. Bd. Allgemeiner Teil und Personenrecht. Leipzig 1895.

Gierke, v.: Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung. I. Bd. Berlin 1897.

Gruchot Arch.: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. Berlin.

Heusler: Institutionen des Deutschen Privatrechts. I. Bd. Leipzig 1885.

Hupka: Die Vollmacht. Eine civilistische Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1900.

Iherings Jahrb. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Bürgerlichen Rechts (früher: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts).

JW = Juristische Wochenschrift. Jahrgänge 1900—1935.

Laband: Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht aus der Mitte des 14. Jahrhunderts. I. Bd. Berlin 1863.

Leonhard: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. I. Bd. Berlin 1900.

Mende: Die Haftung des Vertretenen für rechtswidriges Verhalten des Vertreters. (Unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung und der Rechtsprechung. Diss. Greifswald 1910.

Meyer, Herbert: Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht. I. Bd. München 1909.

Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung im römischen Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts. Wien 1885.

Mitteis: Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Leipzig 1908.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin 1927.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen.
Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Erläutert von Gareis. Berlin 1900.

Planck's: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. I. Bd. Berlin und Leipzig 1928.

Protokolle = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Bd. Allgemeiner Teil. Berlin 1897.

Puchta: Pandekten. I. Bd. 9. Aufl. Leipzig 1863.

Regelsberger: Pandekten. I. Bd. Leipzig 1893.

RGE = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Berlin und Leipzig.

RG-Festschr. = Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. II. Bd. Zivil- und Handelsrecht. Berlin und Leipzig 1929.

RGR-Komm. = Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. I. Bd. 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1935.

ROHG = Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räten des Gerichtshofs.

Rosenberg: Stellvertretung im Prozeß. Auf der Grundlage und unter eingehender, vergleichender Darstellung der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Rechts nebst einer Geschichte der prozessualischen Stellvertretung. I. Bd. Berlin 1908.

Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts. I. und II. Bd. Berlin 1851.

Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. 2. Teil. Leipzig 1902.

Schroeder-Künßberg: Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte. I. Bd. 7. Aufl. Berlin 1932.

Schulte: Die Stellung des gewillkürten Vertreters ohne Vertretungsmacht im Zivilprozeß. Diss. Hamburg 1932.

Schwerin, v.: Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte. I. Bd. München 1934.

Schwerin, v.: Grundzüge des Deutschen Privatrechts. I. Bd. 1. Aufl. Berlin 1919.

Seuff. Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Heraugegeben von Preußer. München und Leipzig.

Siebert: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes. (§ 1 UWG). Marburg 1934.

Sohm: Institutionen. Geschichte und System des Römischen Privatrechts. Bearbeitet von Mitteis. Herausgegeben von Wenger. München und Leipzig 1928.

Staub's: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. Bd. 1. Hälfte. Berlin und Leipzig 1928.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Herausgegeben von Riezler. München 1936.

Tuhr, v.: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 2. Hälfte. München und Leipzig 1928.

Wächter: Pandekten. Leipzig 1881.

Warneyer: Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist. Leipzig.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bearbeitet von Kipp. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Z. f. d. ges. H. R. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Herausgegeben von Goldschmidt-Laband. Erlangen 1866.

Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches fur das Deutsche Reich. Berlin 1889—1890.